Zum Begriff der „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 der Kartellverordnung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
zu Rostock

vorgelegt von

Erwin Drefahl

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1930

Berichterstatter: Professor Dr. Gieseke.

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 9. 1929.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Teil: **Wesen und Begriff der Sperre.**

§ 1. Die Sperre und ihr Anwendungsgebiet. 9
I. Die Sperre als Mittel des wirtschaftlichen Interessenkampfes.
II. Begriffliche Erörterungen.

§ 2. Verhältnis der Sperre zu Boykott, Verruf, Streik, Aussperrung. 15

§ 3. Die marktpolitische Sperre. 24
I. Ihr Umfang.
II. Ihr Verhältnis zu der Sperre im Sinne des § 9, Abs. 1 KartVo.

II. Teil: **Die „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung" im Sinne des § 9 Abs. 1 der Kartellverordnung.**

A. Verträge und Beschlüsse der im § 1 KartVo. bezeichneten Art.

§ 4. Die Beteiligten. 34
I. Art der Beteiligten.
II. Verhältnis der Beteiligten zueinander.

§ 5. Inhalt der Verträge und Beschlüsse. 38
I. Art der Bindung der Beteiligten.
II. Inhalt der Bindung.
III. Weitere Erfordernisse.

B. § 6. Die Gesperrten. 47
I. Art der Gesperrten.
II. Ihr Verhältnis zu den an den in § 1 KartVo. genannten Verträgen und Beschlüssen Beteiligten.
1. Mitbeteiligte.
2. Außenstehende.
a) Konkurrenten.
b) Abnehmer und Anbieter.

C. Die Verhängung der Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung.

§ 7. Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung. 54
I. Verhältnis beider zueinander.
II. Begriff des Nachteils von ähnlicher Bedeutung.

Seite

§ 8. Die Beteiligten. 61
I. Der Sperrgebieter.
II. Der Sperrende.
III. Der Gesperrte.
§ 9. Sperre und Sperrverhängung. 66
I. Die Sperre als Handlung und als Zustand.
II. Die Sperrverhängung.
§ 10. Positive und negative Sperrverhängung. 76
I. Verhältnis beider zueinander.
II. Die Fälle der negativen Sperrverhängung.
1. Exklusivverträge.
2. Exklusivklauseln.
3. Geschäftsbedingungen und Sperre.

III. Teil: **Die künftige Gestaltung des § 9 der Kartellverordnung.** 96

Literaturverzeichnis.

Blum, „Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts", 1925.

Breslauer-Tschierschky, „System und Entwickelung des neuen Kartellrechts", Beilage zur Kartellrundschau (zitiert: System).

Caro, „Die Kartellrechtspraxis und ihre Auswirkungen".

Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle", 1923.

Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz", 1924.

Goldbaum, „Kartellrecht und Kartellgericht", 1926.

Haußmann-Holländer, „Kartellverordnung", 1925.

Haußmann, „Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen", 1929.

Herle-Metzner, „Neue Beiträge zum Kartellproblem", 1929.

Isay, „Studien im öffentlichen und privaten Kartellrecht", 1922.

Isay-Tschierschky, „Kartellverordnung", 1925.

Isay und Nipperdey, „Die Reform des Kartellrechts", 1929.

Kestner, „Der Organisationszwang", 1912.

Kestner-Lehnich, „Der Organisationszwang", 1927.

Klein, „Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften", 1914.

Krückmann, „Der Boykott im Lohnkampf", 1918.

Lehnich, „Kartelle und Staat", 1928.

Lehnich-Fischer, „Das deutsche Kartellgesetz", 1924.

Liefmann, „Kartelle, Konzerne und Trusts", 1927.

Lucae, „Außenseiter von Kartellen", 1929.

Luley, „Der Kartellzwang nach § 9 der Kartellverordnung", 1928.

Maschke, „Boykott, Sperre und Aussperrung", 1911.

Metzner, „Kartelle und Kartellpolitik", 1926.

Nipperdey, „Kontrahierungszwang und direkter Vertrag", 1920.

Oertmann, „Der politische Boykott", 1926.

Schäffer, „Kartelle und Konzerne" in „Strukturwandlungen der deutschen Volkswirtschaft", 2. Aufl. 1929.

Spiero, „Das Recht der Syndikate", 1924.

Staffel, „Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen", 1926.
Tschierschky, „Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht", 1923.
Tschierschky, „Kartellorganisation", 1928.
Werneburg, „Streik, Aussperrung (Boykott) und Lieferungsverträge", 1919.

Bericht des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, 2. Teil, Abschnitt 1—2.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Kartellrundschau (zitiert: KartR.).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie (zitiert: ES.).
Schmollers Jahrbuch.
Verhandlungen des 28. und 29. deutschen Juristentages.
Wirtschaftsdienst.
Zentralblatt für Handelsrecht.

I. Teil.

Wesen und Begriff der Sperre.

§ 1. Die Sperre und ihr Anwendungsgebiet.

I. Die Freiheit des Einzelnen, seine wirtschaftlichen Kräfte zu entfalten, findet wie jede Betätigungsmöglichkeit der persönlichen Freiheit ihre Schranken an dem Gesetz. Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit, Konkurrenzfreiheit[1]) und Unverletzlichkeit des Eigentums[2]) sind die Grundsätze, die unsere Wirtschaftsordnung in dieser Hinsicht charakterisieren. Der Einzelne kann sich bei seinem Erwerbsstreben grundsätzlich von seinem eigenen Vorteil leiten lassen. Er braucht den Belangen anderer nur insoweit Rechnung zu tragen, als sie jenseits der Grenzen liegen, die das Gesetz seiner wirtschaftlichen Freiheit gezogen hat[3]).

Daraus ergeben sich naturgemäß Interessengegensätze, und zwar einmal zwischen denen, die bei der Ausübung ihrer spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit aufeinander angewiesen sind, und sodann zwischen denen, deren wirtschaftliche Betätigung einen Wettbewerb miteinander bedingt. Zu der ersten Gruppe gehören Anbieter und Abnehmer von wirtschaftlichen Leistungen jeder Art, also auch Arbeitgeber einer- und Arbeitneh-

---

1) Der grundsätzlich freie Wettbewerb ergibt sich aus der Gewerbefreiheit: Tschierschky, „Kartellorganisation", S. 11; über die Beziehungen zwischen Vertrags- und Konkurrenzfreiheit vgl. Kestner-Lehnich, S. 181 ff.

2) Diese Grundsätze sind in Art. 151, 152, 153 der Reichsverf. ausdrücklich anerkannt.

3) Im wesentlichen kommen §§ 138, 823 ff. BGB., § 1 unl. WG. in Betracht.

mer andererseits. Die zweite Gruppe umfaßt die Anbieter gleichartiger wirtschaftlicher Leistungen.

Diese gegensätzlichen Interessen prallen aufeinander und suchen einen Ausgleich, den jede Partei regelmäßig so günstig wie möglich für sich zu gestalten sucht. Der Ausgleich kann gütlich erfolgen, indem jede Partei sich so verhält, daß auch die Interessen der anderen gewahrt bleiben. Wird ein gütlicher Ausgleich aber nicht herbeigeführt, so kommt es zum Interessenkampf mit dem Ziele der gewaltsamen Durchsetzung der Interessen der einen oder der anderen Partei.

Ein ihren Interessen entsprechendes Verhalten ihres Gegners kann die angreifende Partei aber nur erzwingen, wenn sie derartig auf ihn einzuwirken vermag, daß er zur Vermeidung der ihm aus dieser Einwirkung erwachsenden Nachteile es vorzieht, sein Verhalten den Wünschen der angreifenden Partei gemäß einzurichten.

Diesem Zwecke dient wirksam eine solche Einwirkung auf das zu bekämpfende Wirtschaftssubjekt, die es in seiner spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit behindert oder sie ihm ganz unmöglich macht, eine Einwirkung, die generell als Sperre bezeichnet wird [4]). Als Behinderung eines Wirtschaftssubjektes in der Ausübung seiner spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit ist der Inhalt der Sperre aber nur ganz allgemein charakterisiert, so daß es noch einer Präzisierung dieser Kennzeichnung bedarf.

Die wirtschaftliche Tätigkeit jedes Wirtschaftssubjekts bedingt in bestimmten Stadien einen je nach der Eigenart seiner Tätigkeit verschieden gestalteten Geschäftsverkehr. Dieser Geschäftsverkehr, der die einzelnen Wirtschaftssubjekte miteinander in Berührung bringt, bildet den Angriffspunkt der Sperre. Sie macht es den betroffenen Wirtschaftssubjekten unmöglich, ihren Geschäftsverkehr so abzuwickeln, wie es ihnen ohne die Sperre, also in verkehrsüblicher Weise, möglich gewesen

4) Maschke, S. 4, nennt als Inhalt der Sperre generell „die Hinderung gewerblicher Tätigkeit bei Unternehmern oder Arbeitern".

wäre, und behindert sie dadurch in ihrer spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit.

Jeder Geschäftsverkehr besteht nun darin, daß zwei oder mehr Wirtschaftssubjekte miteinander Verträge schließen und dann diese Verträge erfüllen; die Erfüllung kann möglicherweise in bloßer Arbeitsverrichtung bestehen. Soll die Sperre ein Wirtschaftssubjekt in seinem Geschäftsverkehr und damit in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit behindern, müssen demnach andere Wirtschaftssubjekte sich weigern, Verträge mit ihm abzuschließen, oder bereits bestehende vertragliche Beziehungen fortzusetzen, oder vertraglich übernommene Verpflichtungen zu erfüllen.

II. In jedem Fall erfordert die Sperre aber eine Beeinträchtigung der spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit des Betroffenen. Trotz eines derartigen Verhaltens anderer Wirtschaftssubjekte liegt daher eine Sperre nicht vor, wenn der Geschäftsverkehr mit ihnen für das zu bekämpfende Wirtschaftssubjekt nicht von Bedeutung ist, wenn der Ausschluß von dem Geschäftsverkehr mit ihnen es also in seiner spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit aus irgendwelchen Gründen nicht behindert.

Damit ist schon ausgesprochen, daß das zu bekämpfende Wirtschaftssubjekt irgendwie auf den Geschäftsverkehr mit den Wirtschaftssubjekten, die ihn ablehnen, angewiesen sein muß, daß diese Wirtschaftssubjekte ihm gegenüber hinsichtlich dieses Geschäftsverkehrs eine Machtstellung innehaben müssen. Die Wirkung der Sperre ist um so intensiver, je größer die Abhängigkeit des betroffenen Wirtschaftssubjekts von dem ihm gesperrten Geschäftsverkehr ist.

Mit dieser Feststellung ist auch die Frage, ob die Sperre auf der Aktivseite begrifflich eine Mehrheit von Wirtschaftssubjekten erfordert, oder ob auch ein einzelnes Wirtschaftssubjekt von sich aus ein anderes oder mehrere andere Wirtschaftssubjekte mit der Sperre bekämpfen kann, in dem letzteren Sinne beantwortet. Voraussetzung ist nach dem oben Ausgeführten nur eine derartige Machtstellung des angreifenden Wirtschaftssub-

jekts den zu Bekämpfenden gegenüber, daß diese durch die Verweigerung des Geschäftsverkehrs in ihrer spezifischen Betätigung behindert werden.

Häufiger ist aber die Machtposition des angreifenden Wirtschaftssubjekts seinen Gegnern gegenüber nicht so groß, daß es aus eigener Kraft die Sperrwirkung hervorrufen kann. Häufiger wird ihm dies vielmehr nur mit Hilfe anderer Wirtschaftssubjekte seiner oder anderer Art möglich sein. Er bedarf der Hilfe von Wirtschaftssubjekten seiner Art, wenn sein Gegner ihm als Anbieter oder Abnehmer, also als Lieferant oder Kunde gegenübersteht, weil es nur dann zur Herbeiführung der Sperre genügt, daß andere Wirtschaftssubjekte gleich ihm einen Geschäftsverkehr mit seinem Gegner ablehnen. Steht sein Gegner ihm aber als Konkurrent gegenüber, so kann er sich regelmäßig der Sperre als Kampfmittels nur bedienen, wenn es ihm gelingt, Wirtschaftssubjekte anderer Art, die Lieferanten oder Kunden seines Gegners sind, zur Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit diesem zu veranlassen; er selbst steht ja regelmäßig nicht in Geschäftsbeziehungen zu ihm.

In diesen Fällen, in denen auf Veranlassung der angreifenden Partei eine Mehrheit von Wirtschaftssubjekten den Geschäftsverkehr mit ihrem Gegner ablehnt, wird für die begriffliche Erfassung der Sperre die oben getroffene Feststellung, daß auch in der Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens eines einzelnen Wirtschaftssubjekts eine Sperre liegt, wenn nur dieses Verhalten den Betroffenen in seiner wirtschaftlichen Betätigung behindert, von entscheidender Bedeutung. Wie hier die Sperre begrifflich eine entsprechende Machtstellung auf Seiten dessen erfordert, der den Geschäftsverkehr ablehnt, so müssen die Wirtschaftssubjekte, die zu solchem Verhalten veranlaßt werden, zusammen den zu Bekämpfenden gegenüber sich in einer derartigen Machtposition befinden. Was der einzelne nicht vermag, wird bewirkt durch die Zusammenfassung der Kräfte mehrerer. Nicht darin liegt die Sperre, daß das

eine oder das andere von den entsprechend beeinflußten Wirtschaftssubjekten den Geschäftsverkehr ablehnt. Das würde den Betroffenen in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit vielleicht ebensowenig behindern, wie wenn der Angreifende, der nicht sein Konkurrent ist, allein so vorgehen würde. Sie liegt in der Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens so vieler Wirtschaftssubjekte, daß seine spezifische wirtschaftliche Tätigkeit dadurch beeinträchtigt wird.

Aber auch nur darin liegt die Sperre und nicht etwa in der Aufforderung anderer Wirtschaftssubjekte, keinen Geschäftsverkehr mit dem zu Sperrenden zu unterhalten. Wie die Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens eines einzelnen Wirtschaftssubjekts eine Sperre ist, wenn es eine entsprechende Machtposition inne hat, so ist ein solches Verhalten seitens mehrerer Wirtschaftssubjekte eine Sperre, wenn die Summe ihrer Machtstellungen entsprechend groß ist. Die Aufforderung zur Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit einem zu bekämpfenden Konkurrenten kann ja auch an ein einzelnes Wirtschaftssubjekt in entsprechender Machtstellung ergehen. Man kann aber nicht einmal die Sperre darin sehen, daß dieses Wirtschaftssubjekt von sich aus den Geschäftsverkehr mit dem zu Sperrenden ablehnt, und dann wieder in der Aufforderung zu solchem Verhalten. Worin die Sperre liegt, ist vielmehr mit Beantwortung der Frage, ob sie begrifflich auf der Aktivseite eine Mehrzahl von Wirtschaftssubjekten erfordert, bereits entschieden.

Als Zweck des wirtschaftlichen Interessenkampfes, zu dessen Mitteln die Sperre gehört, wurde oben die gewaltsame Durchsetzung der Interessen der angreifenden Partei bezeichnet.

Es taucht nun die Frage auf, ob auch die Sperre diesen oder einen anderen Zweck haben muß.

Der zu Bekämpfende soll in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt und dadurch veranlaßt werden, sich in seiner wirtschaftlichen Betätigung den Interessen der angreifenden Partei entsprechend zu ver-

halten. Dieser Beschränkung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit dient die Sperre, und darin erschöpft sich auch ihr Zweck. Sie ist nur das Mittel zur Erreichung des Kampfzweckes, der ein unterschiedlicher sein kann. Ihr eigener Zweck ist stets derselbe: die Beeinträchtigung der spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit des oder der zu Bekämpfenden.

Es ist allerdings denkbar, daß dem Angreifenden an einem bestimmten Verhalten seines Gegners garnichts gelegen ist, daß sich also auch der Kampfzweck in einer Behinderung des Gegners in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit erschöpft. So kann der Fall liegen, wenn der Angreifende den Gegner bestrafen will für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten. Dann fallen Zweck der Sperre und Kampfzweck zusammen. Die Sperre ist nicht mehr Mittel zum Zweck, sondern Selbstzweck, ohne dadurch die Eigenschaft einer Sperre zu verlieren.

Ist die Beeinträchtigung von Wirtschaftssubjekten in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit ihr begriffsnotwendiger Zweck, so ist damit negativ gesagt, daß eine Sperre nicht vorliegt, wenn die Ablehnung eines Geschäftsverkehrs nicht diesen Zweck hat. Die von einem einzelnen Wirtschaftssubjekt ausgehende Sperre wird daher unter Umständen als solche nur sehr schwer zu erkennen sein. Was in Erscheinung tritt, ist nur die Ablehnung des Geschäftsverkehrs, mag er nun erfolgen, um den Gegner zu schädigen, oder um sich selbst vor Schaden zu bewahren, vielleicht weil der Betroffene unzuverlässig oder kreditunwürdig ist. Entscheidend dafür, ob eine Sperre vorliegt oder nicht, ist ausschließlich die innere Einstellung des Wirtschaftssubjekts zu seinem Verhalten.

Begriffsnotwendig für die Sperre sind nach diesen Darlegungen zwei Beteiligte, ein Sperrender und ein Gesperrter; es können aber auch einem Sperrenden mehrere Gesperrte gegenüberstehen und umgekehrt, ebenso können auf beiden Seiten gleichzeitig mehrere Wirtschaftssubjekte beteiligt sein.

Die Handlung der Sperrenden besteht in der Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit den Gesperrten, sei es, daß das Eingehen neuer oder die Fortsetzung schon bestehender Geschäftsbeziehungen abgelehnt oder die Vertragserfüllung verweigert wird.

Die Machtstellung der Sperrenden muß hinsichtlich des abgelehnten Geschäftsverkehrs den Gesperrten gegenüber so groß sein, daß diese in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigt werden. Die Ablehnung des Geschäftsverkehrs muß m. a. W. geeignet sein, solchen Erfolg herbeizuführen; sie braucht sich daher nicht auf alle Geschäfte mit den zu Sperrenden zu erstrecken, wenn auch die Ablehnung bestimmter Arten von Geschäften diesen Erfolg hat.

Schließlich muß dieser Erfolg mit der Ablehnung des Geschäftsverkehrs bezweckt sein, sie muß dazu bestimmt sein.

Hiernach läßt sich die Sperre als Mittel des wirtschaftlichen Interessenkampfes ganz allgemein kennzeichnen als die zur Beeinträchtigung der spezifischen wirtschaftlichen Tätigkeit von Wirtschaftssubjekten geeignete und bestimmte Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens anderer Wirtschaftssubjekte.

§ 2. Verhältnis der Sperre zu Boykott, Verruf, Streik, Aussperrung.

Der oben entwickelte Sperrbegriff soll jetzt mit den Begriffen verglichen werden, die für ganz bestimmte Arten des wirtschaftlichen Kampfes[5]) geprägt worden sind. Die Feststellung des Verhältnisses der Sperre zu diesen Kampfmitteln ist um so mehr am Platze, als einige der für sie verwandten Bezeichnungen auch mit der Sperre synonym gebraucht werden[6]). Soweit die in der Literatur für die einzelnen Kampf-

5) Das Wort wird hier wieder in einem sozial- und marktpolitische Kämpfe umfassenden Sinne gebraucht.

6) Vgl. Tschierschky in Kart.R. 1925, S. 2; Luley, S. 15; Maschke, S. 4.

mittel aufgestellten Begriffe voneinander abweichen, wird von einer Stellungnahme zu diesen Meinungsverschiedenheiten abgesehen, da eine Klarstellung des Verhältnisses der Sperre zu ihnen durch eine Hervorhebung der aus den Abweichungen resultierenden Verschiebungen dieses Verhältnisses besser erreicht wird. Es bleiben auch solche Abweichungen unberücksichtigt, die auf dieses Verhältnis ohne Einfluß sind.

1. Dazu gehören, was das Verhältnis des Boykotts[7]) zu der Sperre betrifft, die in den Begriffsbestimmungen des Boykotts hinsichtlich der Arten der von ihm betroffenen Beziehungen gemachten Unterschiede. Nur soweit der Boykott wirtschaftliche Beziehungen betrifft, wird er hier in Betracht gezogen; es bleibt auch unberücksichtigt, wenn er als auf bestimmte wirtschaftliche Beziehungen beschränkt angesehen wird.

In diesem Rahmen lassen sich drei voneinander abweichende Auffassungen des Boykotts feststellen. Nach der einen Gruppe von Schriftstellern betrifft der Boykott das Verhältnis derer zueinander, die wirtschaftliche Beziehungen zu den zu Boykottierenden ablehnen, oder das Verhältnis dieser Personen zu denen, die sie dazu veranlassen. Zu ihr gehören Kleeberg[8])

---

7) Vgl. über Ursprung und Entwicklungsepochen des Boykotts von Heckel „Der Boykott" in Jahrbücher f. Nat.-Oek. u. Statistik, Bd. X, 3. Folge (1895), S. 482 ff., und über die allmähliche Erweiterung des Begriffs Kestner „Der Organisationszwang", 1912, S. 343 f.

8) Kleeberg „Ein Beitrag zur Revision der Begriffe Streik, Lockout, Boycott" in Schmollers Jahrbuch B. 28 (1904), S. 257; desgl. die dort (S. 249 f.) genannten national-ökonomischen Schriftsteller. Kleeberg definiert: „Boycott, deutsch Verrufserklärung, ist ein Kampf-, Zwangs- und Machtmittel, welches darin besteht, daß eine Mehrheit von Personen sich planmäßig verabredet, eine bestimmte Person, bestimmte Personen, oder Personengruppen zu maßregeln, um hierdurch wirtschaftliche und (oder) soziale oder politische Vorteile für die direkt Beteiligten und (oder) eine andere Person oder andere Personen zu erwirken."

und Werneburg[9]), die unter Boykott die Vereinbarung, keine wirtschaftlichen Beziehungen zu den Betroffenen zu unterhalten, verstehen, einerseits, und Maschke[10]) und Oertmann[11]), nach denen der Boykott die an andere Personen gerichtete Aufforderung ist, keine wirtschaftlichen Beziehungen zu den zu Boykottierenden zu unterhalten, oder das Mittel, andere zu solchem Verhalten zu bestimmen, andererseits; und schließlich Pape[12]), der die Auffassungen der genannten beiden Gruppen vereinigt. Das Verhältnis der hiernach direkt am Boykott Beteiligten zu den von ihm Betroffenen wird nach Auffassung dieser Schriftsteller von dem Boykott als solchen unmittelbar also nicht berührt.

Der so verstandene Boykott erfordert, von dem Betroffenen abgesehen, als Beteiligte begriffsnotwendig

---

9) Werneburg „Streik, Aussperrung (Boykott) und Lieferungsverträge", 1919, S. 20: „im engeren Sinne (versteht man unter Boykott) die Vereinbarung, die von einem bestimmten Gewerbetreibenden produzierten oder feilgehaltenen Waren nicht zu kaufen".

10) Maschke, S. 2: „Endlich (bezeichne ich) generell als Boykott (Hinderung der Produktionsverwertung bzw. des Absatzes) die Aufforderung an einen größeren, regelmäßig nicht geschlossenen Personenkreis, geschäftliche Beziehungen als Konsument von Ware oder Arbeit zu bestimmten Personen zu vermeiden".

11) Oertmann, S. 7: „Dieser Boykott ist ein gesellschaftliches oder Disziplinarmittel, kraft dessen die Veranstalter gewisse andere Personen zum Abbruch rechtlicher oder persönlicher Beziehungen zu den damit zu treffenden Dritten oder doch die Nichteingehung solcher Beziehungen mittels Ge- oder Verbotes zu bestimmen suchen".

12) Pape in Verhandlgn. d. 29. Dtsch. Juristentages, Bd. 4, S. 247: „Man wird daher als solchen (Boykott), als eine Verrufserklärung jedes von einer einzelnen Person oder einer Personenmehrheit ausgehende — und letztenfalls in Gestalt einer Verabredung in Erscheinung tretende — Unternehmen bezeichnen müssen, das darauf abzielt, andere durch bestimmte Mittel zu maßregeln. Diese Maßregelung selbst soll ein genau begrenztes Ziel im Einzelfall verfolgen, die Verhinderung des Ein- oder Verkaufs, des Arbeitgebens oder -nehmens".

eine Mehrheit von Personen; sie treffen die oben genannten Vereinbarungen, oder die einen veranlassen die anderen, keine Beziehungen zu den Betroffenen zu unterhalten. Dies und der oben erwähnte Umstand, daß das Verhältnis zwischen den direkt Beteiligten und den Betroffenen von dem Boykott unberührt bleibt, ist für einen Vergleich von Boykott und Sperre von wesentlicher Bedeutung, gleichgültig, ob man wie Luley[13]) die Sperre als besonders qualifizierten Boykott im Sinne Oertmanns ansieht, oder ob man wie Tschierschky[14]) solche Parallele mit der Einschränkung zieht, daß man daneben auch Sperren mit nur zwei beteiligten Parteien, nämlich einem Wirtschaftssubjekt, das die Beziehungen zu anderen abbricht, und diesen anderen als möglich anerkennt. Die Bedeutung des letzten von den beiden für solchen Vergleich als wesentlich bezeichneten Momente verkennt aber Tschierschky, wenn er[15]) in den Ausführungen Oertmanns deswegen einen Widerspruch sieht, weil Oertmann[16]) einmal drei Beteiligte — Verrufer, Boykottierer, Verrufenen — als begriffsnotwendig für den Boykott ansehe[17]), dann aber ausführe, es sei nicht einzusehen, warum die möglichen und bekanntlich auch vorkommenden Sperrmaßregeln, die Einzelinhaber von industriellen Riesenunternehmungen gegen ihnen Mißliebige ergriffen, nicht unter den Begriff des Boykotts fallen sollten[18]). Mit dem industriellen Einzelunternehmer meint Oertmann den „Verrufer", und die Sperrmaßregeln gegen die ihm mißliebigen „Verrufenen" werden durchgeführt von den „Boykottierern"

---

13) Luley, S. 23.

14) Tschierschky in Kart.R. 1925, S. 2, 4, 5.

15) Tschierschky a. a. O., S. 5, 2, 78.

16) Oertmann „Die zivilrechtlichen Folgen der Verrufungserklärungen", Gutachten in Verhandlungen des 29. Dtsch. Juristentages, Bd. 2, S. 35, 38.

17) Oertmann a. a. O., S. 38.

18) Oertmann a. a. O., S. 35.

in seinem Sinne[19]), nicht etwa von ihm selbst. Der Boykott nach seiner Auffassung berührt vielmehr, wie ausgeführt, das Verhältnis der übrigen Beteiligten zu dem Verrufenen direkt gar nicht.

Ein Vergleich des im Sinne der obengenannten ersten Gruppe von Schriftstellern aufgefaßten Boykotts mit dem oben gewonnenen Sperrbegriff hat hiernach das Ergebnis, daß die Sperre eine Wirkung dieses Boykotts sein kann, daß sie in dem Boykott als solchem aber nicht enthalten ist.

Nach der anderen Gruppe von Schriftstellern betrifft der Boykott das Verhältnis zwischen denen, die die Beziehungen zu dem zu Boykottierenden abbrechen, und dem zu Boykottierenden selber. Nicht ein Dreiparteienverhältnis, sondern ein Zweiparteienverhältnis sehen sie in dem Boykott, so daß zwei Personen als Beteiligte genügen. Lobe[20]) bezeichnet, von dieser Auffassung ausgehend, den Boykott als allgemeine Sperre; dieser Auffassung hat sich Rosin[21]) angeschlossen. Ebenso betrifft der Boykott nach Meyerowitz[22]) das Verhältnis zwischen denen, die die Beziehungen zu anderen ablehnen, und diesen anderen; es sei dabei gleichgültig, ob zwischen Boykottierern und Boykottierten bereits bestehende Beziehungen zerstört oder Beziehungen nicht angeknüpft würden, der Boykott stelle eine Sperre allgemeiner Natur dar. Den gleichen Standpunkt nimmt Krückmann[23]) ein, wenn er unter Hinweis auf Lobe und Meyerowitz ausführt: „Der Boykott ist nicht die Verhängung der Sperre, sondern die Sperre selber“[24]).

---

19) Das ergeben übrigens auch die weiteren Ausführungen Oertmanns a. a. O., S. 35.

20) Lobe „Verrufserklärungen“ in Verhandlungen des 29. Dtsch. Juristentages, S. 181.

21) Rosin, ebenda S. 196.

22) Meyerowitz in JW. 1912, S. 839.

23) Krückmann, S. 1, 4.

24) Wie von diesen Schriftstellern wird der Boykott auch in dem inzwischen Gesetz gewordenen norwegischen Entwurf eines Gesetzes betr. Kontrolle von Konkurrenzein-

Der im Sinne dieser Schriftsteller verstandene Boykott deckt sich also mit der Sperre, wie sie hier aufgefaßt wird, vollkommen.

Schließlich werden zuweilen unter Boykott die Aufforderung, Beziehungen zu anderen abzulehnen, und der in Ausführung dieser Aufforderung vorgenommene Abbruch von Beziehungen zusammen verstanden [25]). Dann bezieht sich der Boykott also sowohl auf das Verhältnis zwischen denen, die zum Abbruch der Beziehungen auffordern, und denen, die dieser Aufforderung Folge leisten, als auch auf das Verhältnis zwischen den zuletzt Genannten und den Betroffenen. Die Sperre, wie sie hier verstanden wird, ist also notwendiger Bestandteil des so aufgefaßten Boykotts.

2. Wie die Ansichten über den Boykott gehen auch die über den Verruf in der Literatur auseinander. Soweit sein Anwendungsgebiet nicht überhaupt als auf andere als wirtschaftliche Beziehungen beschränkt angesehen wird [26]) und daher für diese Betrachtung ausscheidet, ist er aber überall in ein bestimmtes Verhältnis zum Boykott gebracht worden. Über dieses Verhältnis von Boykott und Verruf lassen sich drei voneinander abweichende Meinungen feststellen.

---

schränkungen und Preismißbrauch aufgefaßt. Es heißt dort im § 22: „Es ist verboten, ohne Zustimmung des Preisrats erwerbsmäßigen Boykott zu bewerkstelligen, oder durch Aufforderung, oder auf andere Weise an solchem Boykott mitzuwirken, sofern er demjenigen, der boykottiert wird, Verlust oder bedeutenden Nachteil verursachen kann. Unter erwerbsmäßigem Boykott ist verstanden, daß ein oder mehrere Erwerbtreibende aus Konkurrenzregulierungsrücksichten sich weigern, sich gut Grund ihrer gewohnheitsmäßigen Bedingungen mit anderen Erwerbstreibenden oder mit einem Verbraucher in Geschäftsverbindungen einzulassen" (Kart.R. 1925, S. 264).

25) Vgl. Meyerowitz, JW. 1912, S. 83.

26) So z. B. von Maschke, S. 2: „(als) Verruf (bezeichne ich) die Aufforderung, den persönlichen Verkehr oder berufliche Beziehungen mit bestimmten Berufs- oder Standesgenossen des Auffordernden zu vermeiden."

Einmal wird der Verruf, der übrigens auch als mit der Verrufserklärung identisch angesehen wird[27]), dem Boykott völlig gleich gesetzt; so von Oertmann[28]).

Dann wieder wird der Verruf als die Aufforderung zum Boykott angesehen; so von Rosin[29]) und Meyerowitz[30]). „Zum Boykott steht der Verruf im Verhältnis von Ursache und Wirkung. Der Urheber des Boykotts ist in der Regel oder wenigstens häufig am Boykott selbst unbeteiligt. Er fordert andere auf, einen oder mehrere Dritte zu boykottieren“[31]).

Während es nach diesen Schriftstellern für den Begriff des Verrufs keinen Unterschied macht, ob der Verrufene selbst zu den Boykottierenden gehört, ist nach Lobe[32]) ein Verruf nur dann gegeben, wenn der Verrufene andere zur Hilfe in dem Kampf, in dem er selbst steht, aufruft, wenn er an dem Boykott, zu dem er auffordert, selbst teilnimmt also. Ist der Verrufende an dem Boykott nicht beteiligt, so liegt nach Lobe eine bloße Anstiftung zum Boykott vor.

Nach diesen Darlegungen bedarf es einer näheren Erörterung des Verhältnisses der Sperre zu dem Verruf im Sinne der verschiedenen Auffassungen nicht mehr. Diese Auffassungen sind bedingt durch die Meinung, die die einzelnen Schriftsteller hinsichtlich des Boykotts vertreten. Aus dem oben festgestellten Verhältnis der Sperre zum Boykott ergibt sich daher ohne weiteres das Verhältnis der Sperre zum Verruf im Sinne der verschiedenen Auffassungen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß der Verruf anders als der Boykott nach allen Schriftstellern unmittelbar nur das Verhältnis zwischen denen betrifft, die zur Ablehnung von

---

27) Vgl. Oertmann, S. 7, und Tschierschky in Kart.R. 1925, S. 2.
28) Oertmann, S. 10.
29) Rosin a.a.O., S. 196.
30) Meyerowitz, JW. 1912, S. 840.
31) So Meyerowitz a.a.O.
32) Lobe a.a.O., S. 184.

Beziehungen auffordern, und denen, an die die Aufforderung gerichtet ist.

3. Unter Streik (Arbeitseinstellung, Ausstand) versteht man die gemeinsame Arbeitsniederlegung einer Mehrheit von Arbeitnehmern in einem Betriebe oder einer Mehrzahl gleichartiger Betriebe zur Erreichung gewisser Zwecke, und zwar regelmäßig, aber nicht notwendig zur Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen [33]).

Beteiligte sind also eine Mehrheit von Arbeitnehmern, die in einem Vertragsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stehen, einerseits und ein oder mehrere Arbeitgeber andererseits. Die Arbeitsniederlegung erfolgt in den meisten Fällen unter Vertragsbruch, bisweilen auch nach ordnungsmäßiger Kündigung der Arbeitsverträge [34]).

Hiernach erscheint der Streik als eine besonders qualifizierte Sperre; Lobe [35]) bezeichnet ihn als einen besonderen Fall der allgemeinen Sperre. Eine Qualifikation liegt einerseits hinsichtlich des „Geschäftsverkehrs" vor, der abgelehnt wird; Arbeitsverträge werden gekündigt oder nicht erfüllt. Andererseits ist der Streik ein spezifisches Kampfmittel zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Daß er begrifflich auf Seiten der Arbeitnehmer eine Mehrzahl von Beteiligten erfordert, denen nur ein Arbeitgeber als Gegner gegenüber zu stehen braucht, ergibt sich aus dem, was in § 1 über das Machtverhältnis der kämpfenden Parteien zueinander gesagt wurde. Der einzelne Arbeitnehmer wäre gar nicht imstande, den Arbeitgeber in seiner wirtschaftlichen Betätigung zu behindern.

Eine Besonderheit des Streiks, mit dem regelmäßig die Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen bezweckt wird, liegt aber noch darin, daß die Streikenden regel-

---

33) Oertmann, S. 46; Kaskel, „Arbeitsrecht", 1928, S. 377, sieht den Zweck ausschließlich in der Erlangung günstigerer Bedingungen.

34) Vgl. Kaskel „Arbeitsrecht", 1928, S. 376.

35) Lobe a. a. O., S. 181.

mäßig auch bereit sind, die abgebrochenen Beziehungen wieder aufzunehmen, oder die vertragswidrig verweigerte Arbeit fortzusetzen. Sie sind regelmäßig dann dazu bereit, wenn der Arbeitgeber die von ihnen geforderten Arbeitsbedingungen bewilligt. Das ihren Interessen entsprechende Verhalten des Arbeitgebers bezieht sich also auf den „Geschäftsverkehr" selbst, den sie ablehnen; sie lehnen ihn nicht einfach ab, sondern erklären sich gleichzeitig stillschweigend oder ausdrücklich bereit, ihn so gestaltet, wie es ihren Interessen entspricht, wieder aufzunehmen.

Im übrigen hat der Streik aber alle Merkmale der Sperre und kann daher unter Betonung dieser Besonderheit als Erscheinungsform der Sperre angesehen werden.

4. Aussperrung ist die gleichzeitige Entlassung einer Mehrheit von Arbeitnehmern seitens eines Arbeitgebers oder mehrerer Arbeitgeber, regelmäßig, aber nicht notwendig zu dem Zweck, die Entlassenen zur Annahme von dem Arbeitgeber günstigeren Arbeitsbedingungen zu veranlassen[36]).

Die Zwecke der Aussperrung entsprechen also denen des Streiks in umgekehrtem Sinne, so daß man sie auch als „Streik in umgekehrter Richtung" bezeichnet hat[37]). Die Parteien sind dieselben wie beim Streik. Daß auf Seiten der Arbeitgeber ein Beteiligter genügt, ergibt sich aus der Stärke seiner Machtposition gegenüber den Arbeitnehmern. Auch hier werden arbeitsvertragliche Beziehungen abgebrochen. Die Aussperrung hat ebenfalls die beim Streik hervorgehobene Besonderheit, daß der Arbeitgeber die vertraglichen Beziehungen zu seinen Arbeitnehmern nicht nur abbricht, sondern regelmäßig gleichzeitig bereit ist, sie zu den von ihm

---

36) Oertmann, S. 51; Kaskel a. a. O., S. 379, 380, macht hinsichtlich des Zwecks dieselbe Einschränkung wie beim Streik, s. oben S. 22, Anm. 1.

37) Oertmann in Verhandlungen des 28. Dtsch. Juristentages, Bd. 2, S. 46.

geforderten, den abgelehnten „Geschäftsverkehr" betreffenden Bedingungen wieder aufzunehmen.

In demselben Sinne wie der Streik ist daher auch die Aussperrung eine besondere Erscheinungsform der Sperre.

5. Der Vergleich der allgemeinen Sperre mit den für bestimmte wirtschaftliche Kampfmittel geprägten Begriffen hat ergeben, daß auch ihnen allen der Sperrgedanke zugrunde liegt, sei es, daß sie eine Sperre bezwecken, sei es, daß sie eine Sperre enthalten oder mit ihr zusammenfallen, sei es schließlich, daß sie eine besondere Erscheinungsform der Sperre sind.

Damit ist aber für ihre rechtliche Behandlung nichts gesagt, insbesondere nicht, daß diese einheitlich sein müßte. Unterschiede sind vor allem zwischen den sozialpolitischen und marktpolitischen Sperrkämpfen zu machen. Jene werden nur auf dem Arbeitsmarkt ausgetragen, zwischen Kampfparteien, die entgegengesetzten sozialen und wirtschaftlichen Lagern angehören. Der Kampfplatz dieser dagegen ist der allgemeine Markt, auf dem sich Gegner gegenüberstehen, die zu der gleichen wirtschaftlichen und sozialen Stufe gehören [38]).

§ 3. Die marktpolitische Sperre.

I. Auf dem allgemeinen Markt, wo Unternehmer anbietend und nachfragend auftreten, sind Interessengegensätze bedingt durch das natürliche Bestreben der Einzelnen, die Marktlage für sich so günstig wie möglich zu gestalten. Sie bestehen zwischen den Unternehmern, die in dem durch ihre spezifische wirtschaftliche Tätigkeit erforderten Geschäftsverkehr aufeinander angewiesen sind, zwischen Anbietern und Abnehmern wirtschaftlicher Leistungen also, und auch zwischen denen, die gleichartige Leistungen anbieten, zwischen Konkurrenten.

Die marktpolitischen Sperrkämpfe erhalten eine besondere Note dadurch, daß in den weitaus meisten

38) Vgl. hierzu Tschierschky in Kart.R. 1925, S. 23.

Fällen auf Seiten der angreifenden Partei, bisweilen auch auf der des Gegners, nicht einzelne Unternehmer Träger des Kampfes sind, sondern Unternehmerorganisationen. „Überall geht man daran, den Konkurrenzkampf durch gemeinsame Organisationen auszuschließen und den Mitgliedern des Erwerbszweiges dadurch bessere Erwerbsbedingungen zu verschaffen“ [39]). Die wichtigste, meistens auch die einzige Waffe, die den einzelnen Unternehmern im Konkurrenzkampf zur Verfügung steht, nämlich gleich gute Ware zu billigerem Preise anzubieten [40]), wird im Wege der Verständigung ausgeschaltet. Je stärker die Machtstellung ist, die durch solchen Zusammenschluß gewonnen wird, desto größer ist der Druck, den sie auf die Interessengegner der organisierten Unternehmer auszuüben gestattet [41]), also auf die nicht organisierten Konkurrenten, die Außenseiter, und vor allem auf die Abnehmer, möglicherweise auch auf die Lieferanten. Aus dem Kampf der nichtorganisierten Unternehmer um den Absatz zog der Abnehmer den größten Vorteil [42]). Jetzt tobt der Kampf mit dem Kunden [43]) noch viel schärfer als vorher der Kampf um den Kunden und endet zuweilen mit einer tatsächlichen Abhängigkeit der den organisierten Unternehmern nachgeordneten Produktions- oder Verteilungsstufen [44]).

Bei diesen Kämpfen bestehen die Hauptwaffen in Sperrmaßnahmen sehr unterschiedlicher Art, deren Anwendung häufig einen Zusammenschluß von Unternehmern zur Voraussetzung hat.

Der Konkurrent wird am häufigsten bekämpft mit der Materialsperre, die ihm einen wichtigen Teil der für sein Unternehmen notwendigen Einkäufe unmöglich macht, und mit der Absatzsperre, die ihm die Kunden

---

39) Liefmann, S. 15.
40) Tschierschky, KartR. 1929, S. 92.
41) Kestner-Lehnich, S. 178, 180.
42) Liefmann, S. 51.
43) Derselbe, S. 53.
44) Kestner-Lehnich, S. 152, 105, 106.

wegnimmt. In beiden Fällen ist die angreifende Partei regelmäßig nicht imstande, die Sperre selbst vorzunehmen, da sie selbst nur selten gleichzeitig Lieferant oder Kunde ihrer Konkurrenten ist. Sie muß daher regelmäßig mit Unternehmern der vorhergehenden oder nachfolgenden Produktions- oder Verteilungsstufe Vereinbarungen des Inhalts treffen, daß sie den Konkurrenten nicht beliefern oder nichts von ihm beziehen [45]). Diesem Zweck dienen die zwischen zwei Unternehmerorganisationen abgeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge, die die Mitglieder jeder Organisation zum ausschließlichen Bezug bei den Mitgliedern der anderen oder dazu verpflichten, auf Verlangen der anderen Organisation gewisse von ihr bezeichnete Außenseiter zu sperren; und Exklusivklauseln, die den einzelnen Vertragsgegner verpflichten, ausschließlich von einem Unternehmer oder den Mitgliedern eines Unternehmerverbandes zu beziehen, oder nur sie zu beliefern.

Auf einem Ausschließlichkeitsvertrag beruhen auch die sogen. „Alliancen". Ihr Grundgedanke ist die Verpflichtung der Mitglieder einer Unternehmer- und einer Arbeitnehmerorganisation, nur Mitglieder der anderen Organisation zu beschäftigen bzw. für sie zu arbeiten [46]). Solche beiderseitigen Verpflichtungen zu ausschließlichem Verbandsverkehr, wie Liefmann [47]) sie bezeichnet hat, sind natürlich unter Umständen geeignet, dem Konkurrenten der organisierten Unternehmer die Arbeitskräfte zu sperren. Sie kommen aber selten vor [48]) und haben heute praktisch wenig Bedeutung [49]).

Ebenso spielen die Sperren der Verkehrswege, die ein Unternehmer für seine Einkaufs- und Absatztätigkeit benötigt, heute praktisch keine Rolle [50]).

---

45) Kestner-Lehnich, S. 54, 61, 62.

46) Liefmann in „Jahrb. f. Nat.-Ök. u. u. Statistik," Bd. 75 (1900), S. 438.

47) Liefmann a. a. O., S. 442.

48) Kestner-Lehnich, S. 59.

49) Dieselben, S. 60.

50) Vgl. Kestner-Lehnich, S. 60, 61.

Während die bisher genannten Sperren sich gegen ein bestimmtes Gebiet aus dem Geschäftsverkehr des betroffenen Unternehmers richten, trifft die Kreditsperre seitens der für ihn als Geldgeber in Betracht kommenden Banken seine gesamte Geschäftstätigkeit[51]). Die Sperrung des Kredites ist ein spezifisches Problem der großen Organisationen, insbesondere der Schwerindustrie[52]); das Kartellgericht hat sich mit ihm wie auch mit den Sperren der Verkehrswege bisher nicht zu befassen gehabt.

Anders als regelmäßig den Kampf gegen die Außenseiter kann eine Unternehmerorganisation oder, wenn er eine entsprechende Machtposition hat, auch der einzelne Unternehmer den Sperrkampf gegen unbequeme Kunden ohne fremde Hilfe führen. Die angreifende Partei sperrt dem Kunden entweder die Lieferung, oder sie ergreift eine Maßnahme, die zwar keine Sperre im Sinne einer vollständigen Ablehnung des Geschäftsverkehrs ist, ihr aber in der Wirkung gleichkommen kann: sie beliefert ihn nur zu ungünstigeren Bedingungen als andere Kunden und setzt dadurch seine Konkurrenzfähigkeit herab, wenn ihm ein Bezug zu diesen Bedingungen überhaupt noch möglich ist. Wie auf ihre Kunden kann die angreifende Partei auch auf ihre Lieferanten durch eigene Maßnahmen einen Druck ausüben, indem sie selbst den Geschäftsverkehr mit ihnen ablehnt.

Alle diese Sperren fallen unter den im § 1 entwickelten Sperrbegriff. Sie zeigen nur die Besonderheit, daß die gesperrten Wirtschaftssubjekte notwendig selbständige Unternehmer sind. Die Sperrenden haben regelmäßig auch diese Eigenschaft; nur im Fall der „Alliancen" nehmen Arbeitnehmer die Sperre auf Veranlassung der mit ihnen im Ausschließlichkeitsverkehr stehenden Unternehmer vor.

II. Ein Teil dieser in großen Zügen charakterisierten marktpolitischen Sperrmaßnahmen hat durch die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher

51) Isay-Tschierschky, S. 295.
52) Kestner-Lehnich, S. 73.

Machtstellungen vom 2. November 1923 (Kart.Vo.) eine besondere rechtliche Regelung erfahren. „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung" dürfen nach § 9 dieser Verordnung ohne Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts dann nicht verhängt werden, wenn sie auf Verträgen oder Beschlüssen der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art beruhen. Daß es tatsächlich Sperrmaßnahmen marktpolitischer Art sind, deren Verhängung nach § 9 Kart.Vo. einwilligungsbedürftig ist, ergibt erst eine nähere Betrachtung der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Verträge und Beschlüsse.

Dort wird die schriftliche Form für solche Verträge und Beschlüsse verlangt, die Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten. Wer die Verträge schließt und wer die Beschlüsse faßt, wem sie Rechte geben und wem aus ihnen Pflichten erwachsen, ist nicht ausgesprochen. Aus dem Wortlaut der Bestimmungen kann man über die an den Verträgen und Beschlüssen Beteiligten unmittelbar nichts entnehmen, was nicht nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen über Rechts- und Geschäftsfähigkeit für alle an verpflichtenden Verträgen und Beschlüssen Beteiligten gilt.

Welcher Art sie sind, ergibt indessen eine Prüfung der Frage, wer denn Verträge und Beschlüsse des im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Inhalts schließen bzw. fassen kann, in Verbindung mit der Erläuterung, die die Kartellverordnung im § 1 zu den von ihr inhaltlich gekennzeichneten Verträgen und Beschlüssen in einer Klammer gibt. Schon ohne diese Erläuterung liegt die Annahme nahe, daß auch die Verpflichtungen über die Anwendung der Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen[53]), sollen sie unter die Kart.Vo. fallen, zwischen denselben Personen begründet sein müssen, die allein Verpflich-

53) Solche Verpflichtungen könnten möglicherweise auch z. B. vertraglich von Angehörigen freier Berufe jeder Art übernommen werden.

tungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes übernehmen können, nämlich zwischen Unternehmern. Die Richtigkeit dieser Annahme wird bestätigt durch die im § 1 zu den dort inhaltlich gekennzeichneten Verträgen und Beschlüssen gegebene Erläuterung. Syndikate, Kartelle und Konventionen sind Bezeichnungen, die in der juristischen Literatur und auch sonst synonym für Verbände derselben Art gebraucht werden[54]). Wenn es auch bis heute nicht gelungen ist, einen allgemein anerkannten Begriff des Kartells zu finden, so herrscht doch darüber Einigkeit, daß es sich um einen Zusammenschluß von Unternehmern handelt[55]).

Die Verordnung hat gerade mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Kartellbegriffs selbst von einer exakten Definition abgesehen, hat aber mit der in der Klammer gegebenen Erläuterung die von den Nationalökonomen aufgestellten Begriffe als Auslegungsquelle anerkannt[56]). Eine Stütze findet die Auffassung, daß die an den Verträgen und Beschlüssen Beteiligten Unternehmer sind, ferner in dem Wortlaut des § 10 Kart.Vo., in dem als „Zusammenschlüsse von Unternehmungen auch Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Verbindungen" genannt sind[57]).

Müssen also die unter § 9 Abs. 1 Kart.Vo. fallenden Sperrmaßnahmen von Unternehmerzusammenschlüssen im Sinne des § 1 Kart.Vo. ausgehen, so steht damit auch ihr rein wirtschaftlicher Charakter fest. Sie richten sich demgemäß gegen die wirtschaftlichen Gegenspieler der in den Organisationen zusammengeschlossenen Unternehmer, also gegen andere Unternehmer[58]).

---

54) Vgl. Flechtheim, S. 6; Blum, S. 17; Lucas in KartR. 1927, S. 6.

55) Liefmann (S. 10) hat mit seiner Definiton der Kartelle als „freie Vereinbarungen zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes" die meisten Anhänger gefunden.

56) Vgl. Friedländer in JW. 1926, S. 2914.

57) Vgl. System, S. 38.

58) Vgl. Tschierschky in KartR. 1925, S. 6.

Die im § 9 Kart.Vo. genannten Sperrmaßnahmen sind also marktpolitischer Art.

Wenn festgestellt wurde, daß nur die Verhängung solcher Sperren, die von einem unter § 9 fallenden Unternehmerzusammenschluß ausgehen, einwilligungsbedürftig ist, so ist damit aber nicht gesagt, daß die Mitglieder dieser Organisationen auch die Sperrenden sein müssen. Erforderlich ist vielmehr nur, daß die Sperre ihre Grundlage in einem Vertrag oder Beschluß der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art hat. Ob die durch diese Verträge oder Beschlüsse Verpflichteten die Sperre selbst vornehmen oder sich dazu der Hilfe anderer bedienen, ist für den Begriff der Sperre im Sinne des § 9 Kart.Vo. nicht von Bedeutung [59]).

Nach den bisherigen Erörterungen kann die unter § 9 Abs. 1 Kart.Vo. fallende Sperre unter Zugrundelegung des im § 1 entwickelten Sperrbegriffs definiert werden als „die auf Verträgen oder Beschlüssen der in § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art beruhende, zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Tätigkeit von Unternehmern geeignete und bestimmte Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens anderer Wirtschaftssubjekte".

Diese Kennzeichnung der Sperre bleibt noch zu rechtfertigen gegenüber den in der Literatur aufgestellten Sperrdefinitionen.

Nach Goldbaum [60]) ist die Sperre (oder der ähnliche Nachteil) „die Anwendung der Kartellmacht gegen ein oder mehrere bestimmte Unternehmer zwecks Durchsetzung des Kartellzwecks, Beeinflussung oder Beherrschung des Marktes infolge Verstärkung der Mitgliederzahl oder Einhaltung der Kartellgeschäftsbedingungen". Damit ist gesagt, daß die Sperre das Mittel zu bestimmten näher bezeichneten Zwecken ist. Das Mittel, die Sperre selbst, ist die „Anwendung der Kartellmacht gegen ein oder mehrere bestimmte Unternehmer". Das stimmt mit der hier vertretenen Auffassung insofern

59) Vgl. Tschierschky a.a.O., S. 77.
60) Goldbaum, S. 138.

überein, als die Sperre als Ausfluß der Kartellmacht angesehen wird. Im übrigen ist die Begriffsbestimmung aber zu allgemein gehalten. Es würde sich ihr z. B. auch eine Preisunterbietung, die den einzelnen Kartellmitgliedern nicht möglich gewesen wäre, die also ausschließlich auf der Kartellmachtstellung beruht, subsumieren lassen.

Unter einer Sperre versteht § 9 nach R. Isay[61]) „die auf Grund eines Kartellvertrages (§ 1) einem monopolistischen Einzelunternehmen oder einer marktbeherrschenden Mehrheit von Unternehmungen erteilte rechtsverbindliche Weisung, den geschäftlichen Verkehr oder bestimmte Arten desselben mit einem anderen Unternehmen zu unterlassen." Als Grundlage der Sperre wird nur ein Kartellvertrag im Sinne des § 1 Kart.Vo. anerkannt[62]). Die rechtsverbindliche Weisung muß einem monopolistischen Einzelunternehmen oder einer marktbeherrschenden Mehrheit von Unternehmungen erteilt sein; darin kommt zum Ausdruck, daß die Ablehnung des Geschäftsverkehrs geeignet sein muß, die wirtschaftliche Tätigkeit des Betroffenen zu beeinträchtigen, und auch, daß der Zweck der Sperre als solcher sich in dieser Beeinträchtigung erschöpft.

Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen R. Isays und der hier vertretenen Auffassung der Sperre besteht nur darin, daß Isay als Sperre die Weisung zur Unterlassung des Geschäftsverkehrs ansieht, während sie hier in der Befolgung solcher Weisung gesehen wird. Isay sagt selbst, daß auch die Weigerung einer monopolistischen Einzelunternehmung, mit ihr mißliebigen Unternehmungen einen Geschäftsverkehr zu unterhalten, eine Sperre sein könne[63]), die allerdings regelmäßig nicht unter § 9 Kart.Vo. falle. Er sieht die Sperre also einmal in der Verweigerung des Geschäftsverkehrs seitens eines Einzelunternehmens, und dann wieder in

---

61) Isay-Tschierschky, S. 295.
62) Vgl. unten § 5 II.
63) Isay-Tschierschky, S. 292, 298.

der Aufforderung zu solchem Verhalten. Ob die Sperre wie im ersten Fall im eigenen oder wie im zweiten Fall in fremdem Interesse vorgenommen wird[64]), und ob sie überhaupt rechtlich faßbar ist[65]), macht für den Begriff der Sperre keinen Unterschied. Es ist nicht einzusehen, warum die Sperre in dem einen Fall etwas anderes sein soll als im andern. Sieht man in der Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens eines Einzelunternehmers eine Sperre, so ist die rechtsverbindliche Aufforderung zu solchem Verhalten eben die Aufforderung zu einer Sperre und nicht die Sperre selbst[66]) [67]).

Tschierschky[68]) sieht in der Sperre „jede organisatorische Kampfmaßnahme, die nach Zweck und Mitteln geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Unternehmergruppen von dem handelsüblichen Geschäftsverkehr entweder ganz auszuschließen oder ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in diesem Verkehr in wirtschaftlich relevantem Ausmaße einzuschränken". Auch hier ist die Beschränkung des Zwecks der Sperre als solcher auf die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Betroffenen zum Ausdruck gebracht. Die Sperre ist eine Kampfmaßnahme zu bestimmtem Zweck, und sie ist geeignet, den Zweck zu erfüllen. Gegen diese weite Fassung läßt sich dasselbe einwenden, was gegen Goldbaums Kennzeichnung der Sperre als Anwendung der Kartellmacht vorgebracht wurde. Solange nicht gesagt ist, worin die Kampfmaßnahme besteht, läßt sich auch eine bloße Preisunterbietung diesem Begriff subsumieren. Trotz der wiederholten nachdrücklichen Betonung Tschierschkys, daß die Sperre begrifflich nur zwei Beteiligte erfordere[69]),

---

64) Vgl. Isay-Tschierschky, S. 296.
65) Tschierschky in KartR. 1925, S. 78.
66) Vgl. oben, S. 13.
67) Gegen Isays Auffassung spricht außerdem, daß nach ihr Sperre und Sperrverhängung zusammenfallen (Isay-Tschierschky, S. 309); vgl. unten § 9.
68) Tschierschky in KartR. 1925, S. 199.
69) Tschierschky, KartR. 1925, S. 2, 5, 78.

liegt zudem der Gedanke nahe, daß er der hier abgelehnten Auffassung ist, die Sperre bestehe in der Anweisung zu einem bestimmten Verhalten dem zu Sperrenden gegenüber. Dafür spricht außer seiner Anlehnung an Oertmanns Boykottbegriff[70]) der Umstand, daß er gegen Isays Sperrbegriff nur einwendet, er sei zu eng[71]).

Es besteht also keine Veranlassung, von dem hier gewonnenen Begriff der Sperre abzugehen. Betont sei nur, daß er, abgesehen von den Untersuchungen in §§ 1 und 2 dieser Arbeit, ausschließlich auf einer noch nicht abgeschlossenen Betrachtung der §§ 1 und 9 Abs. 1 Kart.Vo. beruht, und daß die „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" in ihm noch nicht enthalten sind. Ob er noch enger oder anders gefaßt werden kann, soll im folgenden (2. Teil) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer näheren Untersuchung der Grundlagen der Sperre, der im § 1 Kart.-Vo. bezeichneten Verträge und Beschlüsse (1. Abschnitt), des Objekts der Sperre, des Gesperrten (2. Abschnitt), und des Inhalts der „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung" sowie ihrer „Verhängung" (3. Abschnitt) geprüft werden.

---

70) Tschierschky a. a. O., S. 4 u. öfter.
71) Derselbe a. a. O., S. 199.

II. Teil.

Die „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung" im Sinne des § 9 Abs. 1 der Kartellverordnung.

1. Abschnitt.

Verträge und Beschlüsse der im § 1 Kart.Vo. genannten Art.

§ 4. Die Beteiligten.

Bevor untersucht wird, ob eine Maßnahme sich als Verhängung einer Sperre oder eines Nachteils von ähnlicher Bedeutung darstellt, ist eine Prüfung der Frage unerläßlich, ob sie auf Grund von Verträgen oder Beschlüssen der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art erfolgt ist[1]).

I. Daß die an den Verträgen und Beschlüssen Beteiligten Unternehmer sein müssen, wurde bereits festgestellt. Ob es sich um einen Zusammenschluß natürlicher oder juristischer Personen handelt, macht keinen Unterschied; auch Personenvereinigungen ohne Rechtspersönlichkeit können ihm angehören[2]). Ebensowenig kommt es darauf an, was für einen Platz der Unternehmer innerhalb der Gesamtwirtschaft inne hat, insbesondere auch darauf nicht, wie groß und welcher Art das von ihm betriebene Unternehmen ist. Er kann Produzent jeder Art oder Konsument sein, Groß- oder Kleinhändler, Fabrikant oder Handwerker[3]).

1) KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94, Sp. 7; v. 13. 2. 29, EE. Nr. 111, Sp. 5.

2) KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94,

3) Vgl. Isay-Tschierschky, S. 128.

Erforderlich ist aber in jedem Fall, daß der einzelne Unternehmer seine Selbständigkeit behält; nur Zusammenschlüsse selbständiger Unternehmer fallen unter § 1 Kart.Vo. Dieses Erfordernis ist zwar nicht ausdrücklich aufgestellt, es ergibt sich indessen aus § 8 Kart.Vo., der jedem Beteiligten gestattet, Verträge und Beschlüsse der im § 1 bezeichneten Art aus wichtigem Grunde fristlos zu kündigen. Solche Kündigungsmöglichkeit hat aber die Selbständigkeit des Kündigenden den übrigen Beteiligten gegenüber zur Voraussetzung [4]). Mit Recht fordert man gegen R. Isay [5]) nicht bloß juristische, sondern auch wirtschaftliche Selbständigkeit der Unternehmer [6]). Zwar hat schon die durch den Zusammenschluß der Unternehmer zu einem Kartell bedingte Unterordnung der einzelnen Mitglieder unter das Gesamtinteresse aller Beteiligten eine gewisse Beschränkung ihrer Bewegungsfreiheit notwendig zur Folge, die der einzelne nur sehr widerwillig in Kauf nimmt [7]). Dabei handelt es sich aber stets um Bindungen rein obligatorischer Natur, die die Grundlagen der einzelnen Unternehmungen unberührt lassen. Wo aber diese selbst von der Bindung im Sinne Hausmanns [8]) „dinglich" erfaßt werden, hört die Selbständigkeit der so gebundenen Unternehmungen auf. Ein in den Organismus eines andern eingegliedertes und von ihm abhängiges Unternehmen kann wohl selbst Mitglied eines Kartells sein, dem das beherrschende Unternehmen nicht angehört [9]), es kann aber nicht neben ihm Kartellmitglied sein; ein Kartell kennt vielmehr nur im Verhältnis zueinander selbständige, d. h. gleichgeordnete Mitglieder [10]).

4) Goldbaum, S. 43, 44; vgl. System, S. 38.

5) Isay-Tschierschky, S. 124.

6) Lehnich-Fischer, S. 193, 84, 85; Lucas in KartR. 1927, S. 6 ff.; System, S. 80 ff.

7) Vgl. Tschierschky in KartR. 1925, S. 141.

8) Haußmann, „Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen", S. 108.

9) KartG. v. 5. 10. 1925, EE. Nr. 69.

10) Lucas a. a. O., S. 9, 10.

Da diese sich in ihrer Eigenschaft als Unternehmer zusammengeschlossen haben müssen, scheiden z. B. alle Fachverbände und insbesondere alle rein sozialpolitischen Organisationen, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, aus [11]). Auch die oben erwähnten „Alliancen" fallen nicht unter die Kartellverordnung, wenn auch der beteiligte Unternehmerverband als solcher ein Kartell ist. Dagegen untersteht ein Arbeitgeberverband insoweit der Kart.Vo., als er seinen Mitgliedern auch Verpflichtungen der dort in § 1 genannten Art auferlegt, sei es, daß sie in den Satzungen enthalten sind oder aus einem Vertrage herrühren, den der Arbeitgeberverband mit einem Unternehmerverband abgeschlossen hat [12]).

Der Kart.Vo. unterstehen neben den Kartellen auch „ähnliche Abmachungen". Man wird daher den Begriff des Unternehmers sehr weit fassen und auch darunter solche Personen mitverstehen müssen, aus deren Zusammenschlüssen eine ähnliche Machtstellung erwachsen kann wie aus der der Unternehmer in engerem Sinne. Angehörige freier Berufe können gleichzeitig Unternehmer sein, z. B. wenn sie als Ärzte private Heilstätten besitzen oder klinische Privatunternehmen betreiben. Sie sind insoweit Unternehmer im üblichen Sinne des Wortes [13]). R. Isay [14]) will die Angehörigen der freien Berufe schlechtweg wie Unternehmer behandeln, nur soweit sie schon einer Ehrengerichtsbarkeit unterstehen, hält er eine nebenher laufende und sie

---

11) Besch. des Vors. d. KartG. v. 1. 5. 24, EE. Nr. 20.

12) Vgl. den Gegenseitigkeitsvertrag der Deutschen Ziegelei A.-G., Quedlinburg, mit einem „Arbeitgeberverband für das Baugewerbe", abgedruckt in den Berichten des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, 1. Unterausschuß, 3. Arb.-Gruppe, 2. Teil, 2. Abschnitt (1928), S. 178, und einen entsprechenden Vertrag a. a. O., S. 153, 159, 220 f.

13) Vgl. System, S. 37.

14) Isay-Tschierschky, S. 128.

möglicherweise durchkreuzende Kartellaufsicht für unzulässig.

Will man die Zusammenschlüsse von Angehörigen der freien Berufe, vorausgesetzt natürlich, daß ihnen Verpflichtungen der im § 1 genannten Art auferlegt sind, überhaupt als der Kartellverordnung unterstehend ansehen, so entbehrt solche Einschränkung aber einer Grundlage. Denn wenn die Kartellverordnung auf Verbände, deren Bildung gesetzlich angeordnet ist und die staatlicher Aufsicht unterliegen, nur deshalb keine Anwendung findet, weil dies im § 19 Kart.Vo. ausdrücklich bestimmt worden ist, hätte die Kart.Vo. diesem Grundgedanken folgend auch hinsichtlich der freien Berufe eine entsprechende Einschränkung machen müssen. Man wird die Angehörigen freier Berufe aber überhaupt nur insoweit als Unternehmer in einem weiteren Sinne ansehen dürfen, als die von ihnen produzierten immateriellen Güter in verkehrsfähige Formen gekleidet werden und so am Güterumlauf teilnehmen können [15]). Solche Güter sind die Urheber- und erfinderrechtlich geschützten Rechte [16]).

Auf die Zahl der an einem unter § 1 Kart.Vo. fallenden Vertrag Beteiligten kommt es nicht an. Es genügt also, wenn zwei selbständige Unternehmer Verträge mit dem dort bezeichneten Inhalt abschließen. Denn auch aus der Bindung von nur zwei Unternehmern können sowohl für die Beteiligten als auch für Dritte Gefahren erwachsen, deren Bekämpfung der Zweck der Kart.Vo. ist. Die Gefahr des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung ist gerade besonders groß, wenn sie auf der Bindung von nur wenigen Beteiligten beruht [17]).

---

15) Vgl. System, S. 37; Goldbaum, S. 38 und 138, 139.

16) Vgl. KartG. v. 18. 10. 1927, ES. Nr. 94; v. 12. 2. 29. ES. Nr. 111.

17) RG. v. 9. 7. 26, KartR. 1926, S. 467; System, S. 60; anders Friedländer in Zentr.-Bl. f. H.-R. 1927, S. 184.

II. Während nach der Liefmannschen Definition nur Zusammenschlüsse selbständiger Unternehmer derselben Art Kartelle sind, hat die Kart.Vo. dieses Erfordernis nicht aufgestellt, es ist auch nicht aus ihr zu entnehmen.

Nach übereinstimmender Ansicht in Literatur[18]) und Praxis fallen denn auch, soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, Verträge zwischen Unternehmern verschiedener Produktions- und Verteilungsstufen unter die Kart.Vo., also nicht nur „horizontale", sondern auch „vertikale" Zusammenschlüsse. Die wichtigsten Kartellbildungen dieser Art beruhen auf Gegenseitigkeitsverträgen zwischen Verbänden der Rohstoff- und Fertigindustrie sowie der Industrie und des Handels[19]), deren Mitglieder im Verhältnis von Lieferanten und Abnehmern zueinander stehen.

Während in den einzelnen Kartellorganisationen, soweit sie nicht verschiedenen Wirtschaftsstufen angehörende Unternehmer als Mitglieder haben oder aus mehreren Organisationen bestehen, regelmäßig Unternehmer des gleichen Gewerbezweiges vereinigt sind, umfassen die sogen. „Markenschutzverbände" Hersteller von Markenartikeln der verschiedensten Art; sie sind regelmäßig Kartelle des § 1 Kart.Vo.[20]).

§ 5. Inhalt der Verträge und Beschlüsse.

I. Für den Begriff des Kartells im Sinne des § 1 Kart.Vo. ist es ohne Belang, ob die Kartellbildung freiwillig oder im Wege zwangsweisen Zusammenschlusses erfolgt ist. Auch die Kohlensyndikate und das Kali-

---

18) Vgl. Isay-Tschierschky, S. 124; Goldbaum, S. 38; Lehnich-Fischer, S. 194; Friedländer, S. 59.

19) Vgl. EE. Nr. 59, 76, 52, 97, 108, 120, auch 94, 111.

20) Tschierschky, in KartR. 1926, S. 69, 75; Holländer in KartR. 1927, S. 394.

syndikat fallen daher unter § 1 der Kart.Vo., nur finden deren Bestimmungen nach ausdrücklicher Vorschrift des § 19 auf sie keine Anwendung. Dies gilt auch für solche Verbände, die bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, das ihre Bildung anordnete, im Wege freier Vereinbarung gegründet sind [21]).

Die Sperrmaßnahmen solcher Verbände, deren Bildung auf Gesetz oder Verordnung beruht, unterliegen demnach nicht der Präventivzensur des Kartellgerichtsvorsitzenden [22]).

Zu diesen Verbänden gehören auch die Zwangsinnungen, denen überdies nach § 100 q Gew.O. verboten ist, ihre Mitglieder in der Festsetzung der Preise ihrer Waren oder Leistungen oder in der Annahme von Kunden zu beschränken. Wegen dieser gesetzlichen Beschränkung der Innungsaufgabe ist das Handwerk in vielen Fällen dazu übergegangen, freie Kartelle zu begründen. Diese unterliegen in vollem Umfang der Kart.Vo., mögen sie auch dieselbe Zusammensetzung aufweisen wie die Zwangsinnungen [23]). Ebenso fallen Sperren, die freie Innungen im Sinne des § 81 Gew.O. verhängen, unter § 9 Kart.Vo. [24]). Nicht unter § 19 fallen auch Kartellverträge, die die dort genannten Verbände untereinander oder mit anderen Verbänden oder Unternehmern schließen [25]).

---

21) Kart.G. v. 12. 4. 1924, EE. Nr. 18, Sp. 3, 4, betr. das Rheinische Braunkohlensyndikat.

22) Vgl. die Aufzählung der unter § 19 fallenden Verbände bei Haußmann-Holländer, S. 123.

23) Kart.G. v. 25. 6. 1925, EE. Nr. 57, Sp. 1, 3; Lehnich-Fischer, S. 266; Isay-Tschierschky, S. 397.

24) Vgl. Urteil des OLG. Frankfurt a. M. in JW. 1928, S. 2916, u. seine Kritik durch Wassermann und Tschierschky in Kart.R. 1928, S. 222 u. 730; Goldbaum, S. 39, schließt Innungen unterschiedslos aus dem Geltungsbereich der Kart.Vo. aus.

25) Kart.G. v. 15. 3. 1927, EE. Nr. 88, Sp. 7; Lehnich-Fischer, S. 266; Haußmann-Holländer, S. 124.

Erforderlich ist stets, daß es sich um rechtlich bindende Verträge oder Beschlüsse handelt[26]). Mit Recht wird daher die Frage, ob sog. gentlemen agreements unter die Kart.Vo. fallen, in der Literatur[27]) verneint. Breslauer-Tschierschky[28]), nach denen die Frage, ob solche agreements Kartellverbindungen im im Sinne rechtlicher Verpflichtungen enthalten, nur von Fall zu Fall beantwortet werden kann, ist entgegenzuhalten, daß diese Übereinkommen gerade das Fehlen einer rechtlichen Bindung, die nicht gewollt ist, charakterisiert. Sobald eine rechtliche Verpflichtung vorhanden ist, liegt kein gentlemen agreement, sondern ein Vertrag vor. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß solche Abmachungen dieselben Wirkungen auf den Markt haben können wie rechtliche Bindungen. Das im § 1 Kart.Vo. gebrauchte Wort „Verpflichtungen" hat aber in unserer Rechtssprache eine zu fest umrissene Bedeutung, als daß man etwas anderes als rechtsverbindliche, klagbare Verpflichtungen darunter verstehen könnte. Wenn die Kart.Vo. auch andere Bindungen ihrem Geltungsbereich hätte unterstellen wollen, so hätte sie das zum Ausdruck gebracht.

II. Die im § 1 Kart.Vo. inhaltlich gekennzeichneten Verträge und Beschlüsse sind nicht etwa mit den dort in der Klammer genannten Syndikaten, Kartellen usw. identisch[29]). Die Organisationen nehmen außer rein marktpolitischen Interessen auch andere Belange ihrer Mitglieder, beispielsweise sozial- oder allgemein wirtschaftspolitischer Natur, wahr. Soweit diese Inhalt eines Kartellvertrages oder eines Beschlusses sind, liegen sie außerhalb des Geltungsbereiches der Kart.-Vo.[30]). Ihr unterstehen Verträge und Beschlüsse nur, wenn und soweit sie die im § 1 Kart.Vo. genannten

26) Blum, S. 19.
27) Haußmann-Holländer, S. 20; Lehnich-Fischer, S. 191, Isay-Tschierschky, S. 129.
28) System, S. 52 ff.
29) Anders Goldbaum, S. 38.
30) System, S. 51.

spezifisch marktpolitischen Verpflichtungen enthalten[31]). Die umstrittene, von der Praxis bejahte Frage, ob die Kartellverordnungen eine neue selbständige Vertragskategorie geschaffen hat[32]), ist für diese Betrachtung ohne Belang.

a) Immer muß die Sperre, soll sie unter § 9 Abs. 1 Kart.Vo. fallen, auf einer Kartellbindung, wie die im § 1 Kart.Vo. aufgezählten Verpflichtungen genannt werden[37]), beruhen. Sie muß durch jemanden erfolgen oder veranlaßt werden, der durch eine Kartellbindung verpflichtet ist, Sperrmaßnahmen gegen andere Unternehmer zu ergreifen. Bloße Empfehlungen solcher Maßnahmen fallen daher nicht unter die Kartellverordnung, mögen sie auch an Mitglieder eines Kartells im Sinne des § 1 Kart.Vo. ergehen[34]).

Ist die „Alliance" kein Kartell, weil an ihr andere Personen als selbständige Unternehmer beteiligt sind, so ist die Ablehnung des „Geschäftsverkehrs" seitens der Mitglieder der an ihr beteiligten Arbeitnehmerorganisationen nicht beteiligten Unternehmern gegenüber trotz ihrer rechtlichen Verpflichtung zu solchem Verhalten auch schon deswegen keine Sperre im Sinne des § 9 Kart.Vo., weil sie nicht auf einer der dort genannten Verpflichtungen beruht[35]). Auch die Sperrenden können vielmehr nur selbständige Unternehmer sein. Weil sie nicht auf einer Kartellverbindung beruhen, unterliegen auch Sperren, die von Einzelunternehmen in entsprechender Machtstellung, von Konzernen und Trusts ausgehen, nicht der Präventivzensur[36]).

Lehnt die mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Einkaufs- oder Verkaufsstelle eines Kartells den Geschäftsverkehr mit Lieferanten oder Kunden ab, und ist dieses Verhalten zur Beeinträchtigung der wirtschaft-

---

31) Vgl. Lucas in Kart.R. 1927, S. 14.
32) Vgl. System, S. 15 ff., 94.
33) System, S. 95; Isay (u. Nipperdey), S. 36.
34) Vgl. KartG. v. 10. 11. 24, EE. Nr. 38.
35) Vgl. Isay-Tschierschky, S. 291.
36) Vgl. Isay (u. Nipperdey), S. 17.

lichen Bewegungsfreiheit des davon Betroffenen bestimmt und geeignet, so kann nicht in Frage gestellt werden, daß es sich um eine auf einen Kartellvertrag beruhende Sperre handelt. Das gilt sowohl, wenn das Kartell selbst Einkaufs- oder Verkaufsstelle ist[37]), als auch dann, wenn Verkaufs- und Einkaufsstelle und Kartell „zwei juristisch selbständige, nur vertraglich in gewissem Grade miteinander verbundene Organisationen“[38]) sind. Diese Einkaufs- oder Verkaufsstellen, deren Mitglieder regelmäßig auch Mitglieder des Kartells sind[39]), werden in Übereinstimmung mit dem von Flechtheim[40]) gewonnenen Ergebnis einer juristischen Analyse der Doppelgesellschaft fast einhellig[41]) als „geborenes Organ der Vereinigung“[42]) aufgefaßt, das nur Vermittlerin für den Absatz oder den Einkauf des Kartells ist[43]). Das Kartellgericht hat daher in einem solchen Fall[44]) auch angenommen, daß im Hinblick auf diese Stellung einer Verkaufsstelle im Aufbau der Doppelgesellschaft ihre Maßnahmen, die sie als Organ des Kartells innerhalb der ihr zugewiesenen Aufgaben durchführt, als Maßnahmen des Kartells selbst zu betrachten sind. Ob die von einem Syndikat ausgehende Sperre, wie Isay[45]) annimmt, vielleicht deshalb nicht der Präventivzensur unterliegt, weil sie nicht auf eine ausdrückliche Weisung hin erfolgt[46]), hängt davon ab, ob solche Weisung für die Sperre begriffsnotwendig ist, eine Frage, die unten im § 9 zu erörtern ist.

---

37) KartG. v. 4. 11. 26, EE. Nr. 82.
38) Flechtheim, S. 22.
39) Derselbe, S. 20.
40) Flechtheim, S. 25—42.
41) Vgl. Flechtheim, S. 250 ff.
42) Flechtheim, S. 32.
43) Derselbe, S. 38.
44) KartG. v. 27. 2. 29, KartR. 1929, S. 215.
45) Isay-Tschierschky, S. 298.
46) Isay, a. a. O., nennt sie daher „stillschweigende Sperren“.

Welche Rechtsreform das Kartell besitzt, ist für die Anwendung der Kart.Vo. ohne Bedeutung[47]). Das Kartellgericht hat sich mit Kartellen in Form von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, eingetragenen Vereinen, nicht rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts zu befassen gehabt[48]); sie kommen auch als Genossenschaften vor[49]).

Die Kartellbindungen können Verträge als Grundlage haben, die die Kartellmitglieder miteinander abschließen. Das ist der Fall bei Gegenseitigkeitsverträgen, durch die zwei oder mehr[50]) Unternehmerorganisationen sich zum ausschließlichen Verbandsverkehr oder dazu verpflichten, auf Verlangen jedes beteiligten Verbandes ihnen bezeichnete Unternehmer zu sperren. Der Gegenseitigkeitsvertrag als solcher bewirkt im ersten Fall noch keine Sperre, es sei denn, daß er nach der Satzung für die Mitglieder unmittelbar verbindlich ist. Sonst ist sie erst eine Folge der Verpflichtungen der Verbandsmitglieder seitens des Verbandes, den Geschäftsverkehr auf die Mitglieder des anderen Verbandes zu beschränken.

Auch auf dem Gründungsvertrag, der das Kartell ins Leben ruft, kann die Bindung beruhen; so wenn in den Satzungen eines Kartells mit Rechtspersönlichkeit den Mitgliedern Verpflichtungen der im § 1 genannten Art auferlegt sind. Die Satzung kann z. B. die Kartellmitglieder verpflichten, die von der Verbandsleitung angeordneten Maßnahmen durchzuführen. Sie kann auch die Verpflichtung zum ausschließlichen Verbandsverkehr enthalten, so daß es einer besonderen Sperranordnung nicht mehr bedarf[51]).

---

47) KartG. v. 7. 1. 24, GS. Nr. 1; v. 5. 12. 23, GS. Nr. 2.

48) Vgl. die Nachweise bei Goldbaum, S. 43.

49) Vgl. Wittenberg in „Frankfurter Zeitung" v. 15. 11. 28 und Flechtheim, S. 100, 101.

50) Vgl. KartG. v. 18. 10. 27, GS. Nr. 94.

51) KartG. v. 18. 10. 27, GS. Nr. 94.

Weil im § 1 Kart.Vo. unter den Kartellbindungen keine Verpflichtungen hinsichtlich des Einkaufs genannt sind, wurde die Auffassung vertreten, daß die Kartellverordnung auf Abnehmerverbände des Einzelhandels oder des Handwerks insoweit keine Anwendung finde, als ihren Mitgliedern Verpflichtungen hinsichtlich ihres Verhaltens gegenüber Lieferanten auferlegt wurden [52]).

Diese Ansicht findet indessen in dem Wortlaut der Verordnung keine Stütze. Soweit die Mitglieder der Abnehmerverbände zur Innehaltung bestimmter Bedingungen oder Preise im Geschäftsverkehr mit ihren Lieferanten verpflichtet sind, unterstehen sie der Kart.-Vo. [53]). Der Ausdruck Preis im § 1 Kart.Vo. ist nach Sinn und Zweck der Verordnung in weitestem Sinne auszulegen. Jegliches Entgelt für eine wirtschaftliche Leistung ist darunter zu verstehen [54]).

b) Beschlüsse setzen begrifflich eine Bindung voraus, auf Grund deren sie ergehen können. Welcher Art die Bindung sein muß, sagt die Kart.Vo. nicht. Sie gibt aber auch keinen Anhalt dafür, daß nur solche Sperren unter § 9 der Kart.Vo. fallen, die durch Beschlüsse auf Grund von kartellvertraglichen Bindungen, die schon als solche der Kart.Vo. unterstehen, verhängt werden [55]). In § 9 Kart.Vo. sind vielmehr Verträge und Beschlüsse als Grundlagen für einwilligungsbedürftige Sperrmaßnahmen nebeneinander genannt.

Es unterliegen daher auch solche Beschlüsse der Kart.Vo., durch die den Mitgliedern einer Organisation selbständiger Unternehmer, sei sie ein Berufsverband oder ein Arbeitgeberverband, Verpflichtungen der im § 1 Kart.Vo. genannten Art auferlegt werden. Ob die Satzung eine Betätigung der Organisation in dieser

---

52) Vgl. Liefmann in „Wirtschaftsdienst" 1924, Seite 77.

53) Gutachtliche Aeußerung des Vorsitzenden des KartG., EE. Nr. 23; vgl. Kestner-L., S. 304.

54) KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94.

55) Anders Goldbaum, S. 46; ähnlich Isay-Tschierschky, S. 123.

Hinsicht vorgesehen hat oder nicht, macht keinen Unterschied [56]). Voraussetzung ist aber natürlich, daß der Beschluß die Mitglieder rechtlich bindet. Mit solchem Beschluß erlangt der Verband, sofern den Mitgliedern dadurch Verpflichtungen der im § 1 genannten Art auferlegt werden, die Eigenschaft eines Kartells [57]) ebenso, wie wenn die Verpflichtungen in die Satzungen aufgenommen werden [58]).

Es können also möglicherweise auch Unternehmerverbände, die keine Kartelle sind, auf Grund eines Beschlusses des im § 1 genannten Inhalts Sperren verhängen und bedürfen dazu — unter der Voraussetzung, daß die Sperre machtpolitischen Zwecken dient — der kartellgerichtlichen Zustimmung [59]).

Mit Goldbaum [60]) wird man gegen Lehnich-Fischer [61]) unter Beschlüssen aber nur die organisationsmäßige Abstimmung der Beteiligten zu verstehen haben, der sich auch die überstimmte Minderheit zu fügen hat. Rechtsgeschäftliche Anordnungen und Festsetzungen seitens anderer Verbandsorgane, die dem Kartellzweck dienen und die Mitglieder binden, fallen dagegen nicht darunter; diese Machtbefugnisse der Organe haben ihrerseits ihre Grundlage in der Satzung oder in Verbandsbeschlüssen.

III. Nicht jeder Vertrag, der eine Verpflichtung der im § 1 Kart.Vo. genannten Art enthält, fällt indessen unter diese Bestimmung.

Nach übereinstimmender Ansicht in Literatur und Praxis muß der Bindung, was aus dem Inhalt der

---

56) KartG. v. 30. 4. 29; EE. Nr. 117, Sp. 4.

57) KartG. v. 12. 7. 28, EE. Nr. 103, Sp. 3; vgl. Lehnisch-Fischer, S. 83.

58) Vgl. KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94; durch die in dem Gegenseitigkeitsvertrag vorgesehene Aufnahme der Verpflichtungen zum Ausschließlichkeitsverkehr in die Satzung der drei beteiligten Verbände sind diese selbst Kartelle geworden; vgl. auch Goldbaum, S. 38.

59) KartG. v. 30. 4. 29, EE. Nr. 117.

60) Goldbaum, S. 47.

61) Lehnisch-Fischer, S. 190, 191.

Klammer in § 1 Kart.Vo. zu entnehmen ist, ein Kartellgedanke zu Grunde liegen, muß ein Gesellschafts- oder gesellschaftsähnliches Verhältnis[62]) zwischen den Beteiligten bestehen. Es fallen daher nicht gewöhnliche Kauf- und Lieferungsverträge unter § 1 Kart.Vo., auch nicht solche Verträge, in denen nur die eine Partei sich zu ausschließlichem Bezug oder zu ausschließlicher Belieferung verpflichtet, ohne daß auch der andere Vertragsteil bezüglich seiner Lieferungs- oder Abnahmepflicht eine Bindung eingegangen ist[63]).

Sehr umstritten ist aber die Frage, ob mit den bisher genannten Voraussetzungen allen Erfordernissen des § 1 genügt ist. Sie wird bejaht von Isay[64]). Den Zweck der Marktbeeinflussung fordern Haußmann-Holländer[65]), während nach Breslauer-Tschierschky[66]) dieser Zweck nicht festgestellt zu werden braucht. Entscheidend ist nach ihnen für den Kartellbegriff vielmehr „allein die aus der Zusammenfassung bisher im Markte völlig selbständiger Kartellunternehmen sich ergebende Macht gegenüber dem Markte, wobei es zunächst ganz gleichgültig bleibt, ob diese Macht in wirtschaftlich günstiger oder in unzweckmäßiger oder schädlicher Weise gebraucht wird“[67]). Es genügt auch, wenn diese Macht sich nur auf ein örtlich beschränktes Gebiet bezieht[68]).

Diese letzte Auffassung, von der auch das Kartellgericht auszugehen scheint[69]), verdient den Vorzug. Dem

---

62) Lehnich-Fischer, S. 192, 193.
63) Vgl. dieselben a. a. O.
64) Isay-Tschierschky, S. 125.
65) Haußmann-Holländer, S. 19.
66) System, S. 15, 93, 100 ff.
67) System, S. 102.
68) KartG. v. 5. 2. 25, EE. Nr. 45; v. 14. 5. 25, EE. Nr. 55; vgl. auch Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, 3. Arbeitsgruppe, 2. Teil, 2. Abschnitt, S. 138, 159.
69) KartG. v. 20. 8. 27, KartR. 1927, S. 561; Blum in KartR. 1927, S. 610; Holländer in J.W. 1927, S. 3029.

kann nicht, wie es von Seiten Flechtheims[70]) geschieht, entgegengehalten werden, daß man dann dazu komme, „auch solche Verabredungen mehrerer Unternehmungen, die lediglich auf Rationalisierung, also auf Senkung der Unkosten hinzielen, als Kartelle im Sinne des § 1 Kart.Vo. anzusprechen, auch dann, wenn irgendwelche marktpolitische Tendenz völlig fehlt". Zweck solcher wechselseitigen Bindungen ist es doch jedenfalls, eine vom freien Wettbewerb abweichende Regulierung herbeizuführen[71]). Wenn die Machtstellung, die sich „einfach von selbst herausbildet", ohne daß eine Marktbeherrschung erstrebt wird[72]), auch zur Herabsetzung der Preise verwandt wird, so kann doch ebensogut diese Marktpolitik in das Gegenteil verkehrt werden. Man kann derselben Organisation aber nicht die Kartelleigenschaft beilegen und absprechen, je nachdem sie durch ihre Macht den Markt ungünstig oder günstig beeinflußt.

Für das Erfordernis der tatsächlichen Machtstellung, die nach Isay nicht zu den Elementen des Kartellbegriffs gehört, sprechen Ueberschrift und Zweck der Kart.Vo., die nur eingreifen will, wo der Markt in bestimmter, von ihr nicht gebilligter Weise beeinflußt wird, was aber die Möglichkeit einer derartigen Beeinflussung und damit eine relative Machtstellung zur Voraussetzung hat.

2. Abschnitt.

§ 6. Die Gesperrten.

I. In § 9 Abs. 1 ist nicht ausgesprochen, gegen wen die Sperrverhängung gerichtet sein muß, um ein-

---

70) Flechtheim, in J.W. 1928, S. 258; auch in Dtsch. Bergwerkszeitung v. 1. 11. 1927, Nr. 256.

71) System, S. 101.

72) Vgl. Ausschuß für Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, 3. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, 2. Teil, 2. Abschnitt, S. 328.

willigungsbedürftig zu sein. Auch § 9 Abs. 2 spricht nur von den von ihr „Betroffenen". Es wurde indessen oben in § 3 schon ausgeführt, daß die unter § 9 Abs. 1 fallenden Sperrmaßnahmen marktpolitischen Charakter haben, und daß sie sich dementsprechend ebenso gegen selbständige Unternehmer richten, wie sie immer auf eine unter § 1 Kart.Vo. fallende Organisation zurückzuführen sein müssen. Die Gesperrten können Unternehmer derselben Art sein wie die an den Verträgen und Beschlüssen im Sinne des § 1 Kart.Vo. Beteiligten; der Begriff des Unternehmers ist daher hier ebensoweit zu fassen wie für jene nach den Darlegungen im § 4. Alle Sperrmaßnahmen, die nicht gegen selbständige Unternehmer in diesem weiteren Sinne gerichtet sind, unterliegen daher auch dann nicht der Präventivzensur, wenn sie von Organisationen, die der Kart.Vo. unterstehen, ausgehen.

Der Gesperrte ist im einzelnen Fall derjenige, mit dem der Geschäftsverkehr seitens der Sperrenden abgelehnt wird. Er wird den Sperrenden von demjenigen bezeichnet, dem gegenüber sie zur Vornahme der Sperre verpflichtet sind. Meist wird die Sperre gegen einen einzelnen Unternehmer oder gegen eine kleine Gruppe von Unternehmern durchgeführt [73]). Es kommt aber auch häufig vor, daß den zur Sperre Verpflichteten die zu Sperrenden so generell bezeichnet werden, daß sie im Augenblick der Sperranweisungen noch gar nicht übersehen können, wer dazu gehört. So liegt der Fall z. B., wenn den Mitgliedern eines Kartells geboten wird, nur mit Mitgliedern eines anderen Kartells Geschäftsverkehr zu unterhalten, oder, was dasselbe ist, den Geschäftsverkehr mit Außenseitern dieses Kartells abzulehnen, oder schließlich, gewisse ganz allgemein bezeichnete Unternehmer, z. B. Einkaufsgenossenschaften von Kleinhändlern, zu sperren. In allen diesen Fällen sind die zu Sperrenden nur nach der Art ihres Unterneh-

73) Vgl. Tschierschky in KartR. 1925, S. 5; Luley, S. 27.

mens gekennzeichnet, ohne daß von vornherein übersehbar ist, wer von der Sperre betroffen wird, und daher auch nicht, wie sie auf die Betroffenen wirken wird.

Die Sperre ist hier eine automatische Auswirkung des generellen Sperrgebots. Steht der zur Sperre Verpflichtete mit einem der Gesperrten in geschäftlichen Beziehungen, so hat er sie abzubrechen, und will einer der Gesperrten einen Geschäftsverkehr mit ihm aufnehmen, so hat er das abzulehnen, ohne daß es in beiden Fällen noch einer besonderen Anweisung hierzu bedürfte. Die Wirkung solchen Verhaltens kann für die Betroffenen sehr verschieden sein; während es für den einen eine erhebliche Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bedeutet, berührt sie die des andern gar nicht.

Die Vorschrift des § 1 Kart.Vo. will nun offenbar solche Sperrmaßnahmen erfassen, deren Wirkung sich übersehen läßt, bevor sie eintritt. Sonst wäre nicht zu verstehen, warum dort die Erteilung der Einwilligung des Kartellgerichtsvorsitzenden zu ihrer Verhängung gefordert wird. Daß hier der Ausdruck Einwilligung wie in § 183 BGB. im Sinne einer vorherigen Zustimmung gebraucht ist, ergibt sich klar aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 Kart.Vo., nach dem die Einwilligung zu versagen ist, wenn die Maßnahme die dort näher bezeichneten Wirkungen haben „würde".

Die Wirkungen von Sperrmaßnahmen lassen sich aber nur übersehen, wenn die von ihnen Betroffenen bekannt sind [74]). Einwilligungsbedürftig ist daher nur die Verhängung solcher Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung, die gegen bestimmte Unternehmer gerichtet ist. Dieser Standpunkt der Kart.Vo. ergibt sich außerdem aus § 9 Abs. 2; denn die Einwilligung ist nach dieser Bestimmung zu versagen, wenn die Maß-

74) Dagegen, daß eine Einwilligung aus gemeinwirtschaftlichen Gründen, ohne daß die einzelnen Betroffenen bekannt sind, versagt werden könnte, spricht, daß § 4 die gemeinwirtschaftlichen Belange gegen solche Maßnahmen wahrt, während § 9 gerade private Interessen schützen will.

nahme die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit „des Betroffenen" unbillig einschränken würde. Er findet sodann seinen Ausdruck in § 9 Abs. 5 Kart.Vo., nach dem die Beteiligten „gegen die Entscheidung des Vorsitzenden des Kartellgerichts" „innerhalb einer Woche nach Zustellung die Entscheidung des Kartellgerichts anrufen" können. Daß als Beteiligter auch der von den Sperrmaßnahmen Betroffene anzusehen ist, dessen Schutz die Vorschrift des § 9 Abs. 1 ja dient, kann nicht bezweifelt werden; sonst hätte es auch genügt, wenn § 9 Abs. 5 gegen eine ablehnende Entscheidung des Kartellgerichtsvorsitzenden und nicht gegen seine Entscheidung schlechthin die Möglichkeit einer Anrufung des Kartellgerichts gegeben hätte. Schließlich bestimmt § 2 Abs. 2 der Verordnung über das Verfahren vor dem Kartellgericht auf Grund der Kart.Vo.: „Vor der Entscheidung (des Kartellgerichts) sind die Beteiligten zu hören".

Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung im Sinne des § 9 Abs. 1 Kart.Vo. sind also nur solche Maßnahmen, die gegen bestimmte Unternehmer gerichtet sind. Insofern bedarf die in § 3 gegebene Sperrdefinition einer Einschränkung. Damit ist auch schon gesagt, daß allgemeine Sperren, die gleichmäßig gegenüber allen als Kontrahenten in Betracht kommenden Unternehmern vorgenommen werden, nicht unter die Kart.-Vo. fallen. Soweit die Betroffenen nicht andern Unternehmern ihrer Art gegenüber durch Sperrmaßnahmen benachteiligt werden, bedarf deren Verhängung also keiner Einwilligung [75]).

II. Das Verhältnis des Gesperrten zu den an den in § 1 Kart.Vo. bezeichneten Verträgen und Beschlüssen Beteiligten kann verschiedener Art sein.

1. Er kann selbst einer Organisation angehören, die unter die Kart.Vo. fällt oder Beschlüsse mit dem in § 1 Kart.Vo. genannten Inhalt faßt. Das ist aber

---

75) Vgl. Kestner-Lehnich, S. 306.

eine Ausnahmeerscheinung[76]). Die bisherige Kartellgerichtspraxis hat Tschierschky Recht gegeben, der[77]) Giehler gegenüber[78]) betonte, daß die Fälle einer Mitgliedersperre, auf die nach Giehler § 9 Kart.Vo. allein Anwendung finden sollte, praktisch keine Rolle spielten. Das Kartellgericht hat sich nur in einem Fall damit zu befassen gehabt[79]), in dem ein Kartell, das die von seinen Mitgliedern benötigten Halbfabrikate einkaufte und an sie verteilte, einem Mitglied das Material sperren wollte, weil es die Preispolitik des Verbandes durchkreuzte.

Das Kartell ist aber nur in den wenigsten Fällen wie hier in der Lage, die Mitgliedersperre selbst vorzunehmen. Wo es nicht selbst eine Einkaufs- oder Verkaufsstelle für alle Mitglieder besitzt oder nicht Unternehmer als Mitglieder hat, die der vor- oder nachgeordneten Produktions- oder Verteilungsstufe angehören, ist es auf die Hilfe von Unternehmern oder Verbänden angewiesen, die dem zu sperrenden Mitglied als Kunden oder Lieferanten gegenüberstehen.

2. Die in der Praxis vorkommenden Sperren haben ihre Richtung, wie schon betont, fast ausschließlich gegen Außenstehende, gegen Konkurrenten sowohl wie gegen Abnehmer und Lieferanten.

a) Die Bekämpfung von Konkurrenten mit der Sperre erfolgt zu verschiedenen Zwecken. Der Zweck kann sein, den Konkurrenten zum Anschluß an die Organisation zu bewegen[80]). Nur dann ist sie ein Mittel des Organisationszwanges, wenn man wie Liefmann[81]) diesen Ausdruck auf solche Fälle beschränkt,

76) Vgl. die Zusammenstellung der vereinzelten Ansichten, nach denen der Geltungsbereich des § 9 KartVo. auf diese Fälle beschränkt ist, und ihre ausführliche Widerlegung bei Luley, S. 15 ff.

77) Tschierschky in KartR. 1924, S. 75, vgl. auch „Kartellorganisation", S. 164, Anm. 147.

78) Giehler in KartR. 1924, S. 10.

79) KartG. v. 4. 11. 1926, EE. Nr. 82.

80) KartG. v. 26. 7. 1927, EE. Nr. 92.

81) Liefmann in KartR. 1928, S. 4.

in denen Außenseiter zum Eintritt in einen Verband gezwungen werden, und einen Organisationszwang nicht, wie es gewöhnlich geschieht[82]), überall da annimmt, wo im Interesse der Organisation auf Außenstehende ein Druck ausgeübt wird.

Sie wird aber auch angewandt, um Konkurrenten zu bekämpfen, sei es, um sie überhaupt nicht aufkommen zu lassen[83]), sei es, um „ihnen die Lust zu verderben", sich auf dem Wirtschaftsgebiet der Organisation zu betätigen[84]), oder um sie zu zwingen, ihren Wettbewerb anders zu gestalten[85]). Der Zweck des marktpolitischen Kampfes, dem die Sperre als Mittel dient, ist für den Begriff der Sperre unwesentlich; ihr eigener Zweck erschöpft sich, wie oben dargelegt, in der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Betroffenen. Wohl aber ist der Kampfzweck für die Zensur der Sperre, für die Beurteilung, ob sie als Kampfmittel zuzulassen ist oder nicht, von Bedeutung[86]).

Kestner-Lehnich[87]) unterscheiden nach der Einstellung des Konkurrenten der Organisation gegenüber echte und unechte Außenseiter. Die ersteren sind solche, die der Organisation nicht angehören wollen und daher aus ihr ausgeschieden sind (untreue Organisationsunwillige) oder ihr grundsätzlich feindlich gegenüberstehen (organisationsfeindliche Unwillige). Unechte Außenseiter sind dagegen solche, die bereit sind, dem Verband beizutreten, deren Aufnahme aber abgelehnt wird (abgelehnte Organisationswillige), oder die aus ihm ausgeschlossen sind (ausgeschlossene Organisationswillige).

---

82) Vgl. KG. v. 22. 4. 25, KartR. 1925, S. 356.

83) KartG. v. 22. 4. 26, ES. Nr. 75.

84) KartG. v. 8. 8. 25, ES. Nr. 61.

85) KartG. v. 13. 9. 26, ES. Nr. 80; v. 29. 3. 27, ES. Nr. 89.

86) Das KartG. steht z. B. auf dem Standpunkt, „daß die Mittel des Organisationskampfes nicht gegenüber solchen Außenseitern angewandt werden, die bereit sind, der Organisation beizutreten." KartG. v. 22. 4. 26, ES. Nr. 75.

87) Kestner-Lehnich, S. 294, 295.

Die Sperre der Außenseiter kann der Verband ebenso wie die Mitgliedersperre nur dann selbst vornehmen, wenn er Mitglieder hat, die auch Lieferanten und Abnehmer seiner Konkurrenten sind und sich in dieser Eigenschaft ihnen gegenüber in einer entsprechenden Machtstellung befinden.

b) Dagegen kann er den Sperrkampf gegen Kunden und Lieferanten selbst führen, vorausgesetzt natürlich auch hier, daß seine Machtposition stark genug ist. Eine Sperrmaßnahme in Form des Gebots an die Verbandsmitglieder, jeglichen Geschäftsverkehr mit bestimmten Kunden abzulehnen, ist, soweit sie nicht auf einem Ausschließlichkeitsvertrag beruht, eine Ausnahmeerscheinung und wird ihren Grund regelmäßig in einem dem Verband mißliebigen Verhalten des Kunden haben; dieser hat es regelmäßig in der Hand, die Sperre abzuwenden [88]).

Regelmäßig wird die Sperre vielmehr in der Form durchgeführt, daß den Verbandsmitgliedern untersagt wird, zu anderen als ganz bestimmten Geschäftsbedingungen mit Kunden oder Lieferanten zu kontrahieren. Auf die Art der Bedingungen wird es dann ankommen, ob in der Ablehnung eines Geschäftsverkehrs in dem Fall, daß ein Kunde sich ihnen nicht unterwerfen will, eine Sperre zu erblicken ist [89]). Die Kunden werden vor die Wahl gestellt, entweder die Geschäftsbedingungen, die häufig eine revers mäßige Verpflichtung zur Innehaltung bestimmter Weiterverkaufspreise und ähnliches verlangen, anzunehmen oder auf Belieferung seitens der Verbandsmitglieder zu verzichten. Häufig verpflichten die Geschäftsbedingungen die Kunden auch zum ausschließlichen Bezug bei den Verbandsmitgliedern, so daß auf diese Weise den Außenseitern des Verbandes der Absatz unterbunden wird durch Maßnahmen, die dem Verband gleichzeitig einen festen Kundenkreis sichern.

---

88) Vgl. KartG. v. 22. 10. 25, ES. Nr. 68.
89) Vgl. Kestner-Lehnich, S. 308.

Nach dem Verhalten der Kunden dem Bestreben des Verbandes, seinen Absatz zu organisieren und den Markt zu kontrollieren, gegenüber unterscheiden Kestner-Lehnich[90]) entsprechend der Einstellung der Außenseiter kontrollwillige (abgelehnte und ausgeschlossene) und kontrollunwillige (untreue und kontrollfeindliche) Kunden.

Die gleichen Gesichtspunkte kommen für den Kampf eines Verbandes mit seinen Lieferanten, um die Lieferungsbedingungen und -Preise in Betracht. Auch Sperrmaßnahmen gegen Lieferanten fallen ja, wie oben dargelegt wurde, unabhängig von der Stellung des Verbandes, der sie verhängt, im Organismus der Wirtschaft, also auch dann unter die KartVo., wenn er der letzten Verteilungsstufe angehört.

3. Abschnitt.
Die Verhängung der Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung.

§ 7. Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung.

I. Da die Sperre im Sinne des § 9 Kart.Vo., wie ausgeführt, eine Kennzeichnung der Unternehmer, gegen die sie gerichtet ist, erfordert und nur von Unternehmern vorgenommen wird, ist sie in Abweichung von der in § 3 gegebenen Begriffsbestimmung zu definieren als „die auf einem Vertrag oder Beschluß der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art beruhende, zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmter Unternehmer geeignete und bestimmte Ablehnung des Geschäftsverkehrs seitens anderer Unternehmer". Inhaltlich kann man sie ganz kurz kennzeichnen als die Verweigerung des Geschäftsverkehrs auf Grund von Ver-

90) Kestner-Lehnich, S. 308 f.

trägen oder Beschlüssen nach § 1 Kart.Vo.[1]). Die Verweigerung des Geschäftsverkehrs besteht, wie oben dargelegt wurde, entweder in der Ablehnung des Abschlusses von Verträgen, oder, falls schon vertragliche Beziehungen bestanden, in der Ablehnung, sie fortzusetzen und neue anzuknüpfen, oder aber in der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen.

Neben diese Sperre stellt die Kart.Vo. im § 9 Abs. 1 „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" und verlangt zu deren Verhängung dieselbe Einwilligung wie zu einer Sperrverhängung.

Der Sperre als einer Handlung entspricht der Nachteil von ähnlicher Bedeutung als Maßnahme, durch die den von ihr Betroffenen ein ähnlicher Nachteil zugefügt wird, wie ihn eine Sperre zur Folge hat. Für die „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" wird daher bisweilen auch der Ausdruck „sperrähnliche Maßnahmen" gebraucht[2]).

Negativ ausgedrückt sind die „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" keine Sperren. Sie bestehen nicht in der Weigerung, geschäftliche Beziehungen mit bestimmten Unternehmern einzugehen oder fortzusetzen. Sie müssen also, soll ihr Angriffspunkt nicht ein anderer als der der Sperre — der Geschäftsverkehr — sein, notwendigerweise in der inhaltlichen Gestaltung der Verträge, deren Abschluß ja nicht verweigert wird, liegen. Diese Auffassung findet auch eine Stütze in der Bestimmung des § 4 Abs. 2 Kart.Vo.[3]), in der Sperren und die Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen gleichbehandelt werden.

Eine grundsätzlich andere Ansicht vertritt Goldbaum[4]). Er meint, ein ähnlicher Nachteil wie die

---

1) Vgl. Herle-Metzner, S. 83.

2) KartG. v. 22. 7. 29, GS. Nr. 120, Sp. 6; v. 8. 11. 1927, KartR. 1928, S. 15, 18; Isay (u. Nipperdey), Seite 16.

3) Vgl. Isay-Tschierschky, S. 303.

4) Goldbaum, S. 153.

Sperre sei die Empfehlung der Sperre durch das Kartell an seine Mitglieder. Wenn die „Empfehlung" zu einer tatsächlichen Absperrung, d. h. Zurückhaltung gegenüber dem Betroffenen, führe, dann sei ein der Sperre ähnlicher Nachteil eingetreten. Es ist klar, daß in solchem Fall nicht nur ein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" vorliegt, sondern eine Sperre. Der Betroffene wird ja von dem Geschäftsverkehr mit denen, die ihn auf Grund der Empfehlung ablehnen, ebenso ausgeschlossen, wie wenn die Ablehnung auf Grund einer rechtlich bindenden Anweisung erfolgt wäre. Der Nachteil des Betroffenen ist in beiden Fällen der gleiche. Eine andere Frage ist es, ob eine Sperre, die die Kartellmitglieder auf Grund einer Empfehlung des Kartells vornehmen, als Sperre im Sinne des § 9 Abs. 1 Kart.Vo. aufzufassen ist. Das wurde oben bereits verneint. Ist man, wie Goldbaum anderer Ansicht, so kann man aber nicht denselben Nachteil, den dieselbe Maßnahme auslöst, einmal als Sperre und einmal als Nachteil von ähnlicher Bedeutung ansehen, nur weil die Mittel zur Herbeiführung der Maßnahme verschiedener Art sind.

Als dritte zwar seltene, aber doch mögliche Art, den Geschäftsverkehr zu verweigern, wurde neben der Ablehnung der Anknüpfung oder Fortsetzung vertraglicher Beziehungen die Verweigerung der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen genannt. Wie den beiden zuerst genannten Sperrarten als „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" die Weigerung entspricht, vertragliche Beziehungen anders als bei bestimmter inhaltlicher Gestaltung des Vertrages einzugehen oder fortzusetzen, entspricht der in der Ablehnung der Vertragserfüllung liegenden Sperre die vertragswidrige Erfüllung als ähnlicher Nachteil. Dieser „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" wird allerdings ebenso selten sein wie die ihm entsprechende Sperre, er könnte z. B. darin liegen, daß einem Unternehmer das für seinen Betrieb nötige Material unregelmäßig oder verspätet geliefert wird.

II. Läßt man diesen letzten Fall als eine Ausnahmeerscheinung außer Betracht, liegt der „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" also in der Weigerung, vertragliche Beziehungen anders als bei bestimmter inhaltlicher Gestaltung, d. h. nicht anders als zu bestimmten Bedingungen einzugehen oder fortzusetzen. Damit ist der „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" aber noch nicht hinreichend gekennzeichnet. Bei der Untersuchung, wann solche Weigerung zu einem „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" wird, muß man vielmehr die hinsichtlich der Sperren und der Nachteile von ähnlicher Bedeutung festgestellte Parallele noch weiter ziehen. Wie eine Sperre dann nicht vorliegt, wenn allen Unternehmern einer bestimmten Art der Geschäftsverkehr auf Grund eines Vertrages oder Beschlusses nach § 1 verweigert wird, so ist es auch kein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung", wenn mit allen Unternehmern gleicher Art zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen wird [5]). Er ist vielmehr erst dann gegeben, wenn bei solchen Vertragsschlüssen Unterschiede gemacht werden, wenn von einem Teil der Vertragsgegner die Erfüllung anderer Bedingungen verlangt wird als von den übrigen.

Den objektiven Vergleichsmaßstab dafür, ob in der Weigerung, anders als unter Zugrundelegung bestimmter Geschäftsbedingungen zu kontrahieren, möglicherweise ein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" liegt, bilden also die Geschäftsbedingungen, insbesondere die Preise, die mit anderen gleichartigen Unternehmern frei vereinbart werden.

Diese Auffassung der „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" als einer anderen gleichartigen Unternehmern gegenüber unterschiedlichen Behandlung hinsichtlich der Geschäftsbedingungen ist auch die der Praxis und Literatur [6]). Das Kriterium für die Gleichartigkeit ist dabei

---

5) Die Frage, ob und wann in der Weigerung, zu anderen als bestimmten Geschäftsbedingungen überhaupt zu kontrahieren, eine Sperre liegt, ist in § 10 II 3 behandelt.

6) Vgl. u. a. KG. v. 22. 4. 25 in KartR. 1925, S. 358; RG. v. 14. 12. 28 in KartR. 1929, S. 106; Gutachten des

der Gesamtcharakter der unterschiedlich behandelten Unternehmen, Art und Umfang der Betriebe und ihre wirtschaftliche Funktion[7]). Eine Kleinhandelsfirma kann daher nicht ohne weiteres dieselben Geschäftsbedingungen verlangen wie ein Großhandelsunternehmen[8]).

Im übrigen erfordert der „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" dieselben Merkmale wie die Sperre. Vor allem muß also die Gesamtheit derer, die mit einem Unternehmer nur zu bestimmten, ihn anderen Unternehmern gegenüber benachteiligenden Vertragsbedingungen zu kontrahieren bereit sind, ihm gegenüber hinsichtlich des durch seine spezifische wirtschaftliche Betätigung bedingten Geschäftsverkehrs eine derartige Machtstellung innehaben, daß durch einen Geschäftsverkehr zu den ihm gestellten Bedingungen seine Bewegungsfreiheit und damit seine Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt werden würde.

Liegt die Sperrmaßnahme[9]) in der anderen Unternehmern gegenüber ungünstigen Behandlung hinsichtlich der Geschäftsbedingungen, so stellt sie sich aber auch in jedem Fall als „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" und nicht etwa als Sperre dar. Zwar haben derartige ungünstige Geschäftsbedingungen für den Betroffenen bisweilen dieselbe Wirkung wie die Ablehnung des Geschäftsverkehrs überhaupt, also wie die Sperre[10]). Es ist, wie Kestner-Lehnich[11]) mit Nachdruck betonen, dieser gleichen Wirkung wegen eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung dieser Maßnahmen nicht zu recht-

---

KartG. vom 27. 4. 29, EE. Nr. 118, Sp. 9; Isay-Tschierschky, S. 303; Lehnich-Fischer, S. 231; Haußmann-Holländer, S. 88.

7) Gutachten des KartG. v. 27. 4. 29, EE. Nr. 118, Spalte 9.

8) KartG. v. 8. 11. 27, EE. Nr. 97.

9) Der Ausdruck wird hier und im folgenden in einem Sperren und „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" umfassenden Sinne gebraucht.

10) Vgl. Isay „Studien", S. 63; Kestner-Lehnich, S. 140.

11) Kestner-Lehnich, a. a. O.

fertigen. Da die Kart.Vo. dem Rechnung trägt, indem sie beide in gleicher Weise der Präventivzensur des Kartellgerichts unterwirft, ist die terminologische Unterscheidung durchaus am Platze. Das Kriterium für diese Unterscheidung kann nur der Inhalt der Maßnahmen sein und nicht ihre Wirkung. Sonst müßte man die inhaltlich gleiche Maßnahme einmal als Sperre und einmal als Nachteil von ähnlicher Bedeutung ansehen, je nachdem die den Betroffenen seinem Konkurrenten gegenüber benachteiligenden Geschäftsbedingungen ihm jeden Geschäftsverkehr unmöglich machen, oder ihm ein Kontrahieren unter Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gerade noch gestatten.

Erfordert der Nachteil von ähnlicher Bedeutung hinsichtlich seiner Wirkung auf den Betroffenen dasselbe Merkmal wie die Sperre, nämlich die Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, so erfordert er andererseits aber auch nur dieses Merkmal. Man kann also nicht etwa nur da einen sperrähnlichen Nachteil annehmen, wo die unterschiedliche Behandlung auf eine völlige Unterbindung des Geschäftsverkehrs des Gesperrten mit den Sperrenden hinausläuft. Die völlige Ablehnung des Geschäftsverkehrs und die unterschiedliche Behandlung im Geschäftsverkehr werden erst dann, sind aber auch immer dann Sperren und sperrähnliche Maßnahmen, wenn sie die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Betroffenen zur Folge haben; ohne diese Wirkung würden sie einen Nachteil für ihn ja gar nicht darstellen. Wenn selbst die völlige Ablehnung des Geschäftsverkehrs noch nicht notwendig eine Sperre zu sein braucht, so leuchtet ein, daß mit der Feststellung, die sperrähnliche Maßnahme mache dem Betroffenen einen Geschäftsverkehr mit den Sperrenden unmöglich, für die Wirkung dieser Maßnahme auf seine wirtschaftliche Tätigkeit noch gar nichts gesagt ist. Sie hängt ab von dem Grade der Machtstellung der Sperrenden dem Betroffenen gegenüber. Es ist daher durchaus möglich, daß die völlige Ablehnung des Geschäftsverkehrs einen Unternehmer zwar in seiner wirtschaft-

lichen Betätigung beeinträchtigt, aber nicht in demselben Maße wie einen anderen seine unterschiedliche Behandlung in einem Geschäftsverkehr, der ihm noch nicht unmöglich gemacht ist. Man würde dann bei der oben abgelehnten Auffassung — die letzten Endes als Wirkung der sperrähnlichen Maßnahme das fordert, was die Sperre inhaltlich darstellt — in dem ersten Fall eine einwilligungsbedürftige Sperrmaßnahme annehmen müssen, in dem zweiten Fall aber nicht.

Der „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" im Sinne des § 9 Abs. 1 Kart.Vo. kann hiernach definiert werden als „die auf einem Vertrag oder Beschluß der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art beruhende, zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmter Unternehmer geeignete und bestimmte unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Geschäftsbedingungen — oder kurz: unterschiedliche Behandlung im Geschäftsverkehr — seitens anderer Unternehmer" [12]).

Das Kartellgericht sieht da, wo ein Ausschluß von Geschäftsverkehr vorliegt, eine Sperre als gegeben an und nimmt in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht einen „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" dann an, wenn bestimmte Unternehmer „durch unterschiedliche Behandlungen beim Ein- und Verkauf, bei Anwendung von Geschäftsbedingungen oder bei der Preisgestaltung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt werden" [13]).

---

12) Man kann gegen diese Auffassung auch nicht einwenden, daß das Kartellgericht zu der ihm danach obliegenden Ueberwachung jeder wirtschaftlich relevanten Differenzierung im Geschäftsverkehr der Kartelle gar nicht in der Lage ist; denn dieser Einwand würde nur für die in § 10 dieser Arbeit behandelten Fälle der negativen Sperrverhängung, die der kartellgerichtlichen Kontrolle *de lege lata* gar nicht unterstehen, zutreffen, nicht aber für die allein der Präventivzensur unterliegenden, von vornherein gegen bestimmte Unternehmen gerichteten Sperrmaßnahmen.

13) Denkschrift S. 5; vgl. Gutachten des KartG. v. 27. 4. 29, Sp. 9; KartG. v. 8. 8. 25, ES. Nr. 61; wie das KartG. auch Luley, S. 22.

Es hält an diesem Standpunkt, der eine strenge Scheidung von Sperre und Nachteil von ähnlicher Bedeutung gestattet, aber nicht immer fest. Sonst hätte es einen Nachteil von ähnlicher Bedeutung und nicht eine Sperre annehmen müssen, als der Buchhändler-Börsenverein die ihm angeschlossenen Verleger anweisen wollte, eine Buchhändlerfirma nicht mit dem üblichen Rabatt zu beliefern, wobei ihnen eine Belieferung mit einem beschränkten Rabatt aber freigestellt bleiben sollte[14]). Dann wieder vermeidet es die Bezeichnungen Sperre und Nachteil von ähnlicher Bedeutung ganz und spricht nur von einer „Maßnahme, die unter den § 9 Kart.Vo. fällt, also zu ihrer Verhängung der Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts bedarf"[15]), oder es stellt fest, daß eine Sperre oder ein Nachteil von ähnlicher Bedeutung vorliegt, ohne zu sagen, was von beiden es für gegeben ansieht[16]). Schließlich spricht es in einem Falle, in dem ein Großhändler von dem Geschäftsverkehr mit bestimmten Fabriken vollständig ausgeschlossen werden sollte, von der Verhängung einer sperrähnlichen Maßnahme[17]).

§ 8. Die Beteiligten.

Die Sperre ist ein marktpolitisches Kampfmittel, durch dessen Gebrauch der Gegner geschädigt werden soll. Sie muß auf einen Vertrag oder Beschluß der im § 1 bezeichneten Art beruhen, „als verursachende Instanz"[18]) muß eine Organisation erkennbar sein, die von vornherein oder infolge der Qualität der Verpflichtungen, die sie ihren Mitgliedern durch Beschluß auferlegt, unter die Vorschrift fällt.

---

14) KartG. v. 9. 5. 25, EE. Nr. 53, Sp. 3; ebenso in KartG. v. 12. 5. 26, EE., Nr. 76.
15) KartG. v. 24. 7. 25, EE. Nr. 59.
16) KartG. v. 13. 11. 28, EE. Nr. 104.
17) KartG. v. 22. 7. 29, EE. Nr. 120.
18) Tschierschky in KartR. 1925, S. 77.

I. Damit ist aber nicht gesagt, daß derjenige, der die Initiative im marktpolitischen Kampf ergreift, unter allen Umständen der Organisation, von der die Sperre ausgeht, angehören muß. Ein Unternehmerverband oder ein Einzelunternehmer könnte z. B. ein Lieferanten- oder Abnehmerkartell, das auf ihn angewiesen ist, veranlassen, seine Mitglieder zur Ablehnung jedes Geschäftsverkehrs mit seinen Konkurrenten zu verpflichten. Die Sperre erfolgt dann in seinem Interesse, ohne daß zwischen ihm und dem Kartell ein unter § 1 Kart.-Vo. fallender Vertrag besteht. Trotzdem beruht die Sperre auf einem der dort genannten Verträge, weil das Kartell seinen Mitgliedern auf Grund von Kartellbindungen die Sperre geboten hat. Nennt man, zwanglos dem Sprachgebrauche folgend, denjenigen, der die Sperre [19]) gebietet, den Sperrgebieter [20]), so fallen hier derjenige, in dessen Interesse die Sperre geboten wird, und der Sperrgebieter selbst auseinander. Sie fallen auch dann auseinander, wenn beide in einem Kartellvertragsverhältnis stehen, z. B. jeder durch einen Gegenseitigkeitsvertrag verpflichtet ist, bei Aufforderung durch den anderen von dessen Außenseitern nicht zu beziehen oder sie nicht zu beliefern. Hier kann jeder Sperrgebieter im Interesse des anderen Kontrahenten sein, wenn es sich um Verbände handelt. Die beteiligten Verbände selbst sind regelmäßig und immer dann Kartelle im Sinne des § 1 Kart.Vo., wenn das Sperr-

19) Das gleiche gilt für den „Nachteil von ähnlicher Bedeutung", der im folgenden unter Sperre mitverstanden wird.

20) Die Verwendung der für die am Boykott Beteiligten geprägten Ausdrücke Verrufer, Boykottierer usw. für die Sperrbeteiligten empfiehlt sich nicht, da der Sprachgebrauch, wie in § 2 dargelegt, nicht einheitlich ist. Es bedürfte erst einer Darlegung, was man unter Boykott versteht; es werden so auch Mißverständnisse vermieden, wie sie z. B. daraus entstehen können, daß Tschierschky (KartR. 1925, S. 4) den hier als Sperrgebieter Bezeichneten „Verrufer" und den Adressaten des Sperrgebots „Boykottierer" nennt, während Lehnich (Kestner-Lehnich, S. 293) Verrufer und Boykottierer gleichsetzt.

gebot für ihre Mitglieder rechtsverbindlich ist, da solche Verpflichtung, mag sie auf Satzung oder Beschluß beruhen, unter § 1 Kart.Vo. fällt[21]).

Besteht ein solcher Gegenseitigkeitsvertrag zwischen einem Kartell und einem Einzelunternehmen, so können natürlich beide Sperrgebieter sein. Erfolgt die Sperre durch das Einzelunternehmen im Interesse des Kartells, so ist dieses gleichzeitig Sperrgebieter, da der Einzelunternehmer ja ebenso wie jedes seiner Mitglieder rechtlich verpflichtet ist, seinem Sperrgebot zu folgen. Führt das Kartell dagegen die Sperrmaßnahme im Interesse des Einzelunternehmens durch, so ist dieses nicht Sperrgebieter, da die Sperre ja erst durch das Sperrgebot seines Kontrahenten bewirkt wird. Es ist nur dann gleichzeitig auch Sperrgebieter, wenn ihm nicht ein Verband, sondern ein anderes Einzelunternehmen als Vertragsgegner gegenübersteht.

Die Fälle, in denen die Sperre in fremdem Interesse erfolgt, sind die häufigeren, da ein Kartell und weniger noch ein Einzelunternehmer regelmäßig nicht in der Lage ist, seine Konkurrenten ohne fremde Hilfe zu bekämpfen. Nur wenn ein Kartell gleichzeitig zwei Produktionsstufen umfaßt oder Mitglieder hat, die einer der seiner Konkurrenten vor- oder nachgeordneetn Produktionsstufe angehören, sowie wenn ein Kartell nicht die Konkurrenz, sondern Abnehmer und Lieferanten seiner Mitglieder bekämpfen will, ist dies möglich[22]).

Nicht nur tatsächlich beteiligt an der Sperrmaßnahme, sondern auch Beteiligter im Sinne des § 9 Abs. 5 Kart.Vo. und des § 2 der Verordnung über das Verfahren vor dem Kartellgericht ist in jedem Fall der Sperrgebieter. Aber auch sein Kontrahent, in dessen Interesse er die Sperre gebietet, kann als Beteiligter gegen die Entscheidung des Vorsitzenden das Kartell-

---

21) Vgl. KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94 und oben § 5 II.

22) Vgl. Kestner-Lehnich, S. 54; oben § 3 I.

gericht anrufen und ist vor dessen Entscheidung zu hören, vorausgesetzt, daß der Sperrgebieter ihm gegenüber verpflichtet ist, auf seine Aufforderung hin die Sperre anzuordnen. Dann enthält der Vertrag zwischen beiden Verpflichtungen über die Handhabung des Absatzes oder Einkaufs und fällt daher unter § 1 Kart.Vo., so daß die Sperre auch auf diesem Vertrag beruht. Als Beteiligter an diesem Vertrag ist derjenige, in dessen Interesse die Sperre erfolgt, aber an der Sperre beteiligt, auch ohne daß er Mitglied des Verbandes ist, der die Sperre auf sein Geheiß gebietet und dessen Mitglieder sie vornehmen. Wollte man ihn nicht als Beteiligten zulassen, so würde im Falle einer ihm ungünstigen Entscheidung nur der Sperrgebieter, der das Sperrgebot in seinem Interesse erlassen will, das Kartellgericht anrufen können, und wäre auch allein vor dessen Entscheidung zu hören, während er selbst als der am meisten an der Sperre Interessierte nicht in der Lage wäre, von sich aus die Entscheidung anzufechten und seine Interessen selbst zu vertreten.

II. Der Sperrende ist derjenige, der die Sperre vornimmt. Er lehnt den Geschäftsverkehr mit den ihm vom Sperrgebieter als zu Sperrende bezeichneten Unternehmern ab.

Er kann sowohl Mitglied der unter § 1 Kart.Vo. fallenden Organisation sein, auf die die Sperre zurückzuführen ist, er kann ihr aber auch als Dritter gegenüberstehen. Voraussetzung ist nur, daß er auf Grund eines für ihn rechtsverbindlichen und auf einem Beschluß oder Vertrag der im § 1 Kart.Vo. bezeichneten Art beruhenden Sperrgebots den Geschäftsverkehr mit bestimmten Unternehmern abzulehnen verpflichtet ist[23]).

Liegt diese Voraussetzung vor, so macht es keinen Unterschied, ob das Sperrgebot an ihn allein gerichtet ist oder gleichzeitig an andere Unternehmer seiner Art. Ist der Unternehmer, an den das Sperrgebot allein ergeht, dem zu Sperrenden gegenüber in einer genügend

23) Isay-Tschierschky, S. 298.

starken Machtposition, um ihn durch Ablehnung des Geschäftsverkehrs in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindern zu können, so ist allen Erfordernissen einer Sperre im Sinne des § 1 Abs. 1 Kart.Vo. genügt. Entsprechend muß die wirtschaftliche Machtstellung der mehreren Unternehmer, an die das Sperrgebot ergeht, so stark sein, daß die Ablehnung des Geschäftsverkehrs von ihrer Seite die zu Sperrenden in ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu beeinträchtigen geeignet ist.

Wenn oben festgestellt wurde, daß auch die von einem einzelnen vorgenommene Sperre den Tatbestand des § 1 erfüllen kann, so wurde davon ausgegangen, daß sie auf Grund eines Sperrgebots, einer für den Sperrenden rechtsverbindlichen Anweisung also, erfolgte. Danach scheint es, als wenn eine Sperre, die ein Einzelunternehmen auf Grund eigener Willensentschließung vornimmt, wegen des Fehlens einer rechtsverbindlichen Weisung zu solchem Verhalten den Tatbestand des § 9 Kart.Vo. nicht erfüllen kann. Die Folge dieser Auffassung wäre, daß die von einer als Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Verkaufs- oder Einkaufsstelle eines Kartells ausgehende Sperre dann nicht unter § 1 Abs. 1 Kart.Vo. fallen würde, wenn die Verkaufsstelle sie aus eigener Entschließung vornimmt[24]). Diese Ansicht wird besonders darauf gestützt, daß sonst die Ablehnung der Einwilligung in eine Sperrverhängung seitens des Kartellgerichtsvorsitzenden oder des Kartellgerichts für die Verkaufsstelle einen Kontrahierungszwang auslösen würde[25]). Es wurde schon betont, daß die von einer solchen Kartelleinkaufs- oder -Verkaufsstelle vorgenommene Sperre die Äußerung einer echten, auf dem Zusammenschluß der hinter der Einkaufs- oder Verkaufsstelle stehenden Unternehmer beruhenden Kollektivmacht

24) So Isay (=Tschierschky), S. 298.

25) Luley, S. 26, Anm. 5, weist darauf hin, daß der von einer verbotenen Sperre Betroffene durch eine auf §§ 823, Abs. 2 BGB, § 9 KartVo. gestützte Unterlassungsklage ein Kontrahieren erzwingen könnte.

ist und auf Grund eines unter § 1 Kart.Vo. fallenden Vertrages erfolgt. Ob sie der Präventivzensur unterliegt, hängt von der Beantwortung der unten zu untersuchenden Frage ab, ob die Sperrverhängung, wie R. Isay[26]) meint, ausnahmslos eine rechtsverbindliche Weisung erfordert.

III. Als letzten Beteiligten erfordert der Begriff der Sperre einen von ihr betroffenen oder mehrere betroffene Unternehmer, den oder die Gesperrten. Die an sie zu stellenden Anforderungen wurden oben[27]) bereits erörtert. Es soll nur noch einmal unterstrichen werden, daß die Gesperrten selbständige Unternehmer sein müssen, und zwar bestimmte Unternehmer. Die Machtstellung des oder der Sperrenden muß hinsichtlich des Geschäftsverkehrs, der beeinträchtigt werden soll, den zu Sperrenden gegenüber derartig sein, daß diese sich in einer gewissen Abhängigkeit von ihnen befinden. Das Kriterium dafür, wann diese Abhängigkeit vorliegt, ist bei der Sperre die Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Betätigung durch die Ablehnung des Geschäftsverkehrs und bei dem Nachteil von ähnlicher Bedeutung eine derartige Beeinträchtigung durch unterschiedliche Behandlung im Geschäftsverkehr, d. h. hinsichtlich der Geschäftsbedingungen.

§ 9. Sperre und Sperrverhängung.

I. Nach den bisherigen Betrachtungen über die Sperre und den „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" sind beide Maßnahmen ganz bestimmten Inhalts und zu ganz bestimmtem Zweck. Sie bestehen als Sperren in der Ablehnung jeden Geschäftsverkehrs und als „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" in der unterschiedlichen Behandlung im Geschäftsverkehr, hinsichtlich der Geschäftsbedingungen. In der dem zu Sperrenden gegenüber abgegebenen Erklärung, sich dem Sperrgebot

26) Isay-Tschierschky, S. 292.
27) § 6.

entsprechend verhalten zu wollen, liegt die Sperre[28]), ganz allgemein gesagt also in einer Handlung. Diese Darstellung enthält aber eine Ungenauigkeit. Sie paßt nicht auf alle Fälle der Sperre. Sie paßt vielmehr nur auf den selteneren Fall, daß ein Einzelunternehmen die Sperre vornimmt, daß das oben gekennzeichnete Verhalten eines Einzelunternehmens die Beschränkung des Betroffenen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bewirkt. Dieser Erfolg ist ja für die Sperre begriffswesentlich.

Er wird aber nicht dadurch erzielt, daß eines von den mehreren Unternehmungen, an die ein gegen denselben Unternehmer gerichtetes Sperrgebot ergangen ist, die Handlung vornimmt. Seine Machtstellung allein reicht ja regelmäßig zur Herbeiführung eines solchen Erfolges nicht aus. Erst die Summe der Machtstellungen einer größeren Zahl oder all der Unternehmer, an die wie an ihn das Sperrgebot ergangen ist, ist hierzu imstande. Es liegt daher sicher dann eine Sperre vor, wenn alle zusammen die Sperrhandlung ausführen, die, von ihm allein vorgenommen, keine Sperrwirkung auslösen würde.

Die Sperre ist indessen auch schon bei Vornahme der Sperrhandlung seitens eines der zur Sperre Verpflichteten gegeben, wenn auch diese Handlung allein keine Sperrwirkung hat. Der Betroffene ist eben deshalb gesperrt, weil es ihm außerdem infolge des Sperrgebotes nicht möglich ist, auch mit den übrigen für den durch seine wirtschaftliche Tätigkeit bedingten Geschäftsverkehr in Betracht kommenden Unternehmern überhaupt oder anders als zu den diesen vorgeschriebenen, ihn seinen Konkurrenten gegenüber benachteiligenden Bedingungen zu kontrahieren[29]). Die Sperre liegt sogar schon dann vor, wenn von den Unternehmern, an die

---

28) Hier und im folgenden wird unter Sperre eine Sperre nach § 9 KartVo. in einem den „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" mitumfassenden Sinne verstanden.

29) Die möglicherweise in Vertragsverletzungen, Nichterfüllung (Sperre) und Schlechterfüllung („Nachteile von

das Sperrgebot ergangen ist, noch keiner eine Sperrhandlung vorgenommen hat. Ohne daß der von der Sperre Betroffene es zu wissen braucht, also ohne daß es einer entsprechenden Ankündigung des Sperrgebieters oder der Sperrenden gegenüber dem Gesperrten bedarf, ist es ihm nicht möglich, mit den Sperrenden überhaupt oder zu anderen als ganz bestimmten Bedingungen zu kontrahieren oder vertragliche Beziehungen fortzusetzen, sobald das Sperrgebot ergangen ist.

Haben die bisherigen Ausführungen die Sperre — und entsprechend den „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" — nur als Handlung zum Gegenstand gehabt, so zeigen die vorstehenden Betrachtungen, daß sie auch ein Zustand, eine Lage, ein Factum ist. Diese Auffassung wird durch den Wortlaut des Gesetzes als richtig bestätigt. § 9 Kart.Vo. stellt nicht Nachteile, die eine Sperrhandlung zur Folge hat, und Nachteile von ähnlicher Bedeutung nebeneinander, sondern Sperren und Nachteile, die irgendwelche nicht in Sperren bestehende Maßnahmen bewirken. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine sprachliche Ungenauigkeit, die man vermuten könnte, wenn man in Literatur und Rechtsprechung die vom Gesetzgeber so genannten „Nachteile von ähnlicher Bedeutung" als „sperrähnliche Maßnahmen" bezeichnet findet[30]). Auch ist hier nicht Ungleichartiges nebeneinandergestellt. Vielmehr ist bestimmt, daß die Verhängung des Nachteils Sperre und eines Nachteils von ähnlicher Bedeutung der Präventivzensur unterliegt.

Der Nachteil Sperre ist aber der oben charakterisierte Sperrzustand, und der „Nachteil von ähnlicher Bedeutung ist ein sperrähnlicher Zustand. Er entspricht dem Sperrzustand wie die sperrähnliche Maßnahme in der Sperrhandlung ihre Parallele findet[31]).

ähnlicher Bedeutung"), liegenden Sperrmaßnahmen werden hier und im folgenden ihrer Seltenheit wegen nicht ausdrücklich miterwähnt.

30) Siehe oben, S. 55, Anm. 2.

31) Vgl. oben § 7.

Nun beeinträchtigt der Sperrzustand als solcher die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen zwar noch nicht. Der für ihn in dem Sperrzustand enthaltene Nachteil ist vielmehr bis zur Vornahme der Sperrhandlungen durch die Sperrenden latent. Der mit der Sperre bezweckte Erfolg tritt aber als automatische Wirkung des Sperrzustandes ein und macht diesen offenbar, wenn der Gesperrte einen Geschäftsverkehr mit dem einen oder dem anderen der zur Sperre Verpflichteten aufnehmen oder fortsetzen will. Er wird ausgelöst durch das dem Sperrgebot entsprechende Verhalten des oder der Sperrenden.

Denn wie der Sperrzustand für den Gesperrten die Unmöglichkeit einer verkehrsüblichen Geschäftsverbindung mit den Sperrenden begründet, so hat er für diese die Wirkung, daß sie nicht ohne eine regelmäßig mit Strafe bedrohte Vertragsverletzung sich den Gesperrten gegenüber anders als dem Sperrgebot entsprechend verhalten können. Dieses Verhalten kann darin bestehen, daß Verträge gelöst werden. Nur in diesem Fall bewirkt der Sperrzustand unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Sperrenden dem Gesperrten gegenüber. In allen anderen Fällen ist die Sperrhandlung nur eine Reaktion auf eine Aufforderung des Gesperrten zum Geschäftsverkehr, sei es, daß er eine Offerte macht, sei es, daß er eine Offerte oder auch ein günstigeres als das ihm gemachte Angebot erbittet.

Nicht die Sperre als Zustand bewirkt also schon eine sichtbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gesperrten, sie erfolgt vielmehr erst durch die sich automatisch aus diesem Zustand unmittelbar oder als Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten des Gesperrten ergebenden Sperrhandlungen.

Derartigen Beschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit will die Kart.Vo. durch die im § 9 Abs. 1 getroffene Bestimmung vorbeugen, daß „Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung" ohne Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts nicht

verhängt werden dürfen. Was unter der „Verhängung" von Sperren und Nachteilen von ähnlicher Bedeutung zu verstehen ist, soll unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen im folgenden untersucht werden.

II. Die Frage, wann eine Sperre oder ein Nachteil von ähnlicher Bedeutung verhängt ist, hat praktisch größte Bedeutung. Denn vor dieser Maßnahme ist die Einwilligung des Kartellgerichtsvorsitzenden einzuholen, und wer sich über diese Vorschrift „bewußt hinwegsetzt, kann auf Antrag des Reichswirtschaftsministers vom Kartellgericht mit einer Ordnungsstrafe bestraft werden" (§ 17 Kart.Vo.).

Die Ansichten darüber, worin die Verhängung einer Sperre besteht, gehen in der Literatur auseinander. „Die Verhängung einer Sperre liegt in der Erklärung, einen solchen (ihm nach der Verkehrssitte zugänglichen) Geschäftsverkehr mit einem anderen nicht fortsetzen zu wollen", sagen Lehnich[32]) und Wiedersum[33]). Nach Luley[34]) wird die Ausführung eines Sperrgebots dann zur Sperrverhängung, wenn die Kartelleitung oder ein Kartellmitglied die geschäftlichen Beziehungen mit einem andern unter Berufung auf den Kartellzwang abbricht oder ablehnt.

Nach diesen Auffassungen würde eine Sperre also dann verhängt sein, wenn nur einer von den Unternehmern, an die das gegen denselben anderen Unternehmer gerichtete Sperrgebot ergangen ist, eine Sperrhandlung vornimmt. Besteht die Sperrverhängung in der Sperrhandlung, so ist diese Sperrhandlung auch die Maßnahme, die nach § 9 Abs. 1 Kart.Vo. der Einwilligung des Kartellgerichtsvorsitzenden bedarf, und derjenige, der sie verhängt, also der einzelne Unter-

---

32) Kestner-Lehnich, S. 293.

33) Wiedersum in „Dtsch. Wirtschaftszeitung" 1927, S. 962.

34) Luley, S. 25, ebenso Wiedersum, Z. f. HR. 1926, S. 106.

nehmer, hat sie einzuholen. Und nur die Sperrververhängung, also die Sperrhandlung, ist auf ihre möglichen Folgen für den Betroffenen zu untersuchen und bedarf der Einwilligung. Diese würde regelmäßig erteilt werden müssen, da die Sperrhandlung des Einzelnen die Voraussetzungen, unter denen nach § 9 Abs. 2 Kart.Vo. die Einwilligung zu versagen ist — „Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls oder unbillige Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Betroffenen" —, nur ganz ausnahmsweise erfüllen dürfte. Der Umstand, daß außer diesen Sperrenden noch eine Reihe von anderen Unternehmern da ist, die, wenn der Betroffene mit ihnen kontrahieren wollte, ebenfalls einen Geschäftsverkehr mit ihnen ablehnen würden, müßte bei dieser Auffassung natürlich unberücksichtigt bleiben.

Das gegen denselben oder gegen dieselben Unternehmer gerichtete Sperrgebot ist aber gerade deshalb nicht nur an einen anderen, sondern an mehrere andere Unternehmer ergangen, weil der Einzelne nicht imstande ist, durch seine Sperrhandlung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des oder der Betroffenen zu beeinträchtigen. Erst das Zusammenwirken mehrerer ist geeignet, die Wirkung herbeizuführen, der § 9 Abs. 1 Kart.Vo. vorbeugen will. Diese Erwägungen und die Konsequenzen, die die oben erwähnten Ansichten haben würden, zeigen, daß die Sperrverhängung jedenfalls nicht in der Sperrhandlung des oder der Sperrenden liegen kann, an die das gegen denselben Gesperrten gerichtete Sperrgebot ergangen ist.

Wo eine Präventivzensur, die Unternehmer gegen Sperren schützen soll, allein einsetzen kann, ergibt sich aus den obigen Darlegungen ohne weiteres. Sie muß verhüten, daß der Sperrzustand eintritt, der automatisch die Sperrwirkung auf den Betroffenen auslöst. Die Sperre ist verhängt, sobald dieser Sperrzustand eingetreten ist, und die Verhängung der Sperre besteht in der Herbeiführung des Sperrzustandes. Sie allein ist die in § 9 Abs. 2 Kart.Vo. genannte „Maßnahme",

die möglicherweise „die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig einschränken würde".

Die verhängte Sperre ist also der oben charakterisierte Sperrzustand. Durch die Herbeiführung des Sperrzustandes, durch die Verhängung der Sperre also, wird der zu Sperrende zum Gesperrten, unabhängig davon, ob er davon Kenntnis hat. Die Frage, ob die automatische Auswirkung des Sperrzustandes den Gesperrten in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit „unbillig" einschränken würde, unterliegt der Prüfung des Kartellgerichtsvorsitzenden. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob die Einwilligung in die Sperrverhängung zu erteilen oder zu versagen ist.

Die Herbeiführung des Sperrzustandes geschieht, wie oben dargelegt wurde, durch das Sperrgebot, durch die rechtsverbindliche Anweisung zu einem bestimmten Verhalten hinsichtlich des Geschäftsverkehrs mit dem zu Sperrenden. Die Sperrverhängung ist also das Sperrgebot.

Sie ist ein Rechtsgeschäft, da sie die Adressaten rechtlich verpflichtet, sich den im Sperrgebot bezeichneten Unternehmern gegenüber in bestimmter Weise zu verhalten. Daraus folgt, daß ein Sperrgebot, das ohne kartellgerichtliche Einwilligung ergeht, gemäß § 134 BGB. nichtig ist. Die zur Sperre Angewiesenen sind nicht verpflichtet, ihm Folge zu leisten; ihre Weigerung, die Sperre vorzunehmen, bedeutet also keine Vertragsverletzung, so daß sie deswegen nicht in Strafe genommen werden können.

Die hier vertretene Auffassung der Sperrverhängung deckt sich im Ergebnis mit der von R. Isay[35]). Er sieht die Sperrverhängung in „einer rechtlich verpflichtenden Weisung, welche dahin geht, dem gesperrten Unternehmen die Unternehmertätigkeit unmöglich zu machen oder ähnliche Nachteile zuzufügen". Die Sperre, wie er sie auffaßt[36]), fällt also vollständig mit der Sperrverhängung zusammen.

35) Isay-Tschierschky, S. 309, 299.
36) S. oben, § 3 II.

Wer sich über die Bestimmung des § 9 Abs. 1 Kart.Vo. „bewußt hinwegsetzt, kann auf Antrag des Reichswirtschaftsministers vom Kartellgericht mit einer Ordnungsstrafe bestraft werden" nach § 17 Kart.Vo. Hier ist derjenige mit Strafe bedroht, der eine Sperre ohne kartellgerichtliche Zustimmung verhängt, also der Sperrgebieter. Da § 9 Abs. 1 Kart.Vo. nur die Verhängung einer Sperre ohne diese Einwilligung verbietet, und nicht etwa auch die Befolgung eines nicht genehmigten und daher rechtlich nicht wirksamen Sperrgebotes, kann auch nur der Sperrgebieter bestraft werden. Die Ansicht des Kartellgerichts[37]), daß in solchem Fall auch die Sperrenden sich strafbar machen, dürfte über Wortlaut und Sinn des Gesetzes hinausgehen[38]).

Da das Sperrgebot allein den Sperrzustand unmittelbar herbeiführt, so bedarf auch der Sperrgebieter allein der behördlichen Zustimmung. Verpflichten sich zwei Verbände gegenseitig, die ihnen bekannten Außenseiter des anderen Verbandes zu sperren, so hat der Verband, der in der Rolle des Sperrgebieters ist, die Genehmigung zum Erlaß des Sperrgebotes auf Grund des Gegenseitigkeitsvertrages einzuholen. Der Verband, in dessen Interesse die Sperre geboten werden soll, ist dabei Beteiligter im Sinne von § 9 Abs. 5 Kart.Vo. und § 2 Vo. über das Verfahren vor dem Kartellgericht[39]). Vor der kartellgerichtlichen Genehmigung des Sperrgebotes ist der Verband in der Rolle des Sperrgebieters nicht verpflichtet, der Weisung seines Kontrahenten Folge zu leisten, er kann daher auch von diesem wegen der Weigerung, ohne kartellgerichtliche Zustimmung das Sperrgebot zu erlassen, nicht schadenersatzpflichtig gemacht werden[40]).

Ob das Sperrgebot an einen einzelnen Unternehmer oder eine Mehrheit von Unternehmern gerichtet

---

37) KartG. v. 17. 2. 27, EE. Nr. 85.
38) Vgl. auch Blum in KartR. 1927, S. 391.
39) Vgl. oben § 8 I.
40) Vgl. Isay (=Tschierschky), S. 309.

ist, macht für den Begriff der Sperrverhängung keinen Unterschied. Die an seine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Verkaufsstelle als sein Organ gerichtete Weisung seines Kartells würde ebenso einwilligungsbedürftig sein wie das an seine Mitglieder gerichtete Sperrgebot. Schwierigkeiten entstehen aber, wenn die Verkaufsstelle auf Grund eigener Entschließung ein Sperrgebot vornimmt, wenn eine rechtsverbindliche Anweisung zu solchem Verhalten also fehlt.

Es wurde schon hervorgehoben[41]), daß in allen Fällen, in denen Einzelunternehmer auf Grund eigener Entschließung eine Sperre vornehmen, die Sperre als solche nur schwer zu erkennen ist, da die Handlung, die in Erscheinung tritt, sich durch nichts von einer bloßen Abkehr unterscheidet. Nur eine Würdigung der Gründe, die für das Verhalten, das die Sperrwirkung zur Folge hat, vorgebracht werden, wird im einzelnen Fall den Schluß zulassen, daß eine Sperre vorliegt[42]). Trotzdem wird eine geschickt verschleierte, d. h. geschickt motivierte Sperrhandlung nicht immer als solche nachweisbar sein. Liegt sie aber vor und beruht sie wie unzweifelhaft die von der Verkaufsstelle eines Kartells ausgehende Sperre auf einem Vertrag der im § 1 Kart.Vo. genannten Art[43]), so ist auch die Genehmigung des Kartellgerichts erforderlich. Daran ändert auch nichts, daß sich auf diese Weise ein mittelbarer Kontrahierungszwang aus der Kart.Vo. ergeben würde. Der Sperrzustand tritt hier in dem Augenblick ein, in dem die mit entsprechender Machtbefugnis ausgestatteten Organe der Verkaufsstelle den Entschluß fassen, bestimmte Unternehmer nicht mehr zu beliefern. Daß dieser Entschluß nicht der Genehmigung unterworfen werden kann, ist klar. Die Genehmigung kann hier nur anknüpfen an Handlungen, in denen das Bestehen des

---

41) Oben, Seite 14.

42) So verfuhr das KartG. in seiner Entscheidung vom 27. 2. 1929, EE. Nr. 110.

43) Vgl. oben § 5 II.

Sperrzustandes zum Ausdruck kommt. Das ist die Sperrhandlung selbst. Das Kartellgericht hat in solchem Fall ebenfalls die Sperrhandlung als die einwilligungsbedürftige Maßnahme angesehen[44]).

Die zusammenhängende Betrachtung von Sperre und Sperrverhängung führt also zu dem Ergebnis, daß die Sperre — und entsprechend der Nachteil von ähnlicher Bedeutung — im Sinne des § 9 der Kart.Vo. gar keine Handlung ist, sondern ein Zustand, in dem es dem Betroffenen (Gesperrten) nicht möglich ist, den durch seine wirtschaftliche Tätigkeit bedingten Geschäftsverkehr mit den zur Sperre verpflichteten Unternehmern (Sperrenden) überhaupt (Sperre) oder zu anderen als ihn seinen Konkurrenten gegenüber benachteiligenden Geschäftsbedingungen (Nachteil von ähnlicher Bedeutung) aufzunehmen oder fortzusetzen, der ihn infolgedessen in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigt (Sperrwirkung), und dessen Herbeiführung (Verhängung) durch den Sperrgebieter im marktpolitischen Interessenkampf daher der Präventivzensur des Kartellgerichts unterworfen ist.

Die hier vertretene Auffassung von der gegen bestimmte Unternehmer[45]) gerichteten Sperrverhängung liegt auch der Rechtsprechung des Kart.G. zugrunde. So versagte es in der Entscheidung vom 22. Oktober 1925[46]) seine Einwilligung in eine Maßnahme, durch die ein Verband allen seinen Mitgliedern mit Ausnahme eines einzigen verbieten wollte, Aufträge einer bestimmten Firma entgegenzunehmen; in der Entscheidung vom 15. März 1927[47]) lehnte es den Antrag eines Verbandes ab, durch Beschluß seines zuständigen Organs seine Mitglieder zur Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit einem Abnehmer verpflichten zu dürfen.

---

44) KartG. v. 27. 2. 29, ES. Nr. 110.

45) Die sich aus Ausschließlichkeitsverträgen und -klauseln ergebenden Sperren werden im § 10 behandelt.

46) ES. Nr. 68.

47) ES. Nr. 88; vgl. noch KartG. v. 24. 10. 1924, ES. Nr. 36; vom 9. 5. 1925, ES. Nr. 53.

§ 10. Positive und negative Sperrverhängung.

I. Gegenstand der bisherigen Betrachtungen waren solche Sperrmaßnahmen, die von vornherein eine ganz bestimmte Richtung hatten. Immer gab das Sperrgebot den oder die Unternehmer an, gegen die die Sperre wirken sollte.

Die Mehrzahl der Sperrfälle, die in der Praxis vorkommen, ist aber anders gelagert. Der entscheidende Unterschied gegenüber den bisher betrachteten Sperren liegt darin, daß sie nicht von vornherein eine bestimmte Richtung haben. In dem Normalfall der bisher betrachteten Sperren verweigerte eine Anzahl von Unternehmern den Geschäftsverkehr mit bestimmten ihnen bezeichneten anderen Unternehmern. In den jetzt zu betrachtenden Fällen wird ebenfalls eine Mehrzahl von Unternehmern zu einem solchen Verhalten anderen Unternehmern gegenüber veranlaßt. Diese anderen Unternehmer werden den zur Sperre Verpflichteten aber nicht als einzelne bezeichnet. Ihnen wird vielmehr vorgeschrieben, auf welche Unternehmer sie ihren Geschäftsverkehr hinsichtlich bestimmter Leistungen zu beschränken haben. Darin ist, ohne daß dies außerdem noch ausgesprochen zu sein braucht, gleichzeitig die Anordnung enthalten, alle anderen Unternehmer zu sperren. Anders als in den Fällen, in denen der Geschäftsverkehr mit allen Unternehmern eingeleitet oder fortgeführt werden konnte, die nicht als zu Sperrende bezeichnet waren, ist er hier mit all' denen abzubrechen oder abzulehnen, die nicht ausdrücklich als Begünstigte genannt werden. Die zu sperrenden Unternehmer sind hier nicht positiv bestimmt, sondern durch die Nennung derer, auf die der Geschäftsverkehr zu beschränken ist, negativ gekennzeichnet. Das Sperrgebot lautet nicht wie dort positiv, die und die Unternehmer sind zu sperren, es ist vielmehr negativ in der Weisung enthalten, den Geschäftsverkehr auf bestimmte Unternehmer zu beschränken. Kennzeichnet man die bisher behandelten Sperrfälle, in denen das Sperrgebiet positiv die zu

Sperrenden nannte, als Fälle positiver Sperrverhängung, so kann man ihnen die jetzt zu behandelnden Sperrmaßnahmen wegen ihrer dargelegten Eigenart als Fälle negativer Sperrverhängung gegenüberstellen.

So verschieden nun die Spielarten der negativen Sperrverhängung im einzelnen sind, so gleichartig sind die Bindungen, die die Sperre herbeiführen. Man kann sie ihrem Inhalt nach alle auf zwei Grundformen zurückführen.

In der einen Gruppe von Fällen wird Unternehmern die Verpflichtung auferlegt, ihren Geschäftsverkehr hinsichtlich gewisser Leistungen auf einen bestimmten Kreis anderer Unternehmer überhaupt zu beschränken (Sperre)[48]), oder diesem Kreis bestimmte günstigere Geschäftsbedingungen zuzugestehen als allen übrigen Unternehmern („Nachteil von ähnlicher Bedeutung")[49]).

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen Unternehmer verpflichtet werden, einen Geschäftsverkehr mit anderen Unternehmern nicht anders als zu den ihnen vorgeschriebenen Bedingungen aufzunehmen oder fortzusetzen[50]).

Während bei der ersten Gruppe von Fällen der Kreis der Unternehmer, auf den der Geschäftsverkehr zu bestimmten Bedingungen oder überhaupt zu beschränken ist, feststeht, ist die Zahl der Unternehmer, mit denen kontrahiert werden kann, bei der zweiten Gruppe grundsätzlich nicht begrenzt. Mit jedem, der bereit ist, die vorgeschriebenen Geschäftsbedingungen zu erfüllen, kann der Geschäftsverkehr aufgenommen oder fortgesetzt werden. Nur wenn die Bedingungen nicht angenommen werden, erfolgt seine Ablehnung automatisch, d. h. ohne daß es noch einer besonderen Anweisung dazu bedarf.

Bei beiden Formen der negativen Sperrverhängung gehört der Gesperrte immer einer anderen Pro-

48) Vgl. KartG. v. 18. 10. 1927, ES. Nr. 94.
49) Vgl. KartG. vom 26. 7. 1927, ES. Nr. 92.
50) Vgl. KartG. v. 17. 2. 1927, ES. Nr. 85; KG. v. 22. 4. 1925 in KartR. 1925, S. 353.

duktions- oder Verteilungsstufe an als der Sperrende. Er kann sein Lieferant, kann auch sein Abnehmer sein.

II. Die Verpflichtung von Unternehmern, nur mit einem Kreis anderer Unternehmer überhaupt oder zu sie allen anderen gegenüber bevorzugenden Bedingungen bestimmte geschäftliche Beziehungen zu unterhalten, geschieht durch Exklusivverträge und Exklusivklauseln.

1. Die Exklusivverträge sind eine besondere Art der zwischen zwei Verbänden abgeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge. Während diese beide an dem Vertrag beteiligten Verbände verpflichten, auf Verlangen des anderen über bestimmte Außenseiter die Lieferungs- oder Absatzsperre zu verhängen [51]), enthalten jene die Verpflichtung zum ausschließlichen Verbandsverkehr. Ein Lieferantenverband verpflichtet sich einem Abnehmerverband gegenüber, ausschließlich seine Mitglieder zu beliefern, während der Abnehmerverband den ausschließlichen Bezug von Mitgliedern des Lieferantenverbandes vertraglich zusagt [52]). Solche Gegenseitigkeits-Ausschließlichkeitsverträge sind zwischen Fabrikantenverbänden aufeinanderfolgender Produktionsstufen und zwischen Fabrikanten und Händlervereinigungen sehr verbreitet [53]).

Der Abschluß eines solchen Gegenseitigkeitsvertrages hat zur Folge, daß alle Unternehmer, die nicht Mitglieder der beteiligten Verbände sind, vom Geschäftsverkehr mit den Verbandsmitgliedern ausgeschlossen werden.

Nach den oben über Sperre und Sperrverhängung entwickelten Grundsätzen ist die Sperre in dem Augenblick verhängt, in dem der Sperrzustand eingetreten ist, der den Gesperrten einen Geschäftsverkehr mit den Sperrenden unmöglich macht. Wendet man diese Grundsätze auf die durch Ausschließlichkeitsverträge be-

---

51) Lehnich-Fischer, S. 114, 115; Isay-Tschierschky, S. 103.

52) Lehnich-Fischer, a. a. O.

53) Kestner-Lehnich, S. 56 f.; Schäffer, S. 343 f.

wirkte Sperre an, so ist diese verhängt, sobald die Leiter der beteiligten Verbände ihrer durch den Ausschließlichkeitsvertrag übernommenen Verpflichtung gemäß den Verbandsmitgliedern die rechtsverbindliche Weisung erteilt haben, nur noch Mitglieder des anderen Verbandes zu beliefern oder von ihnen zu beziehen. Das in dieser Anweisung negativ enthaltene Sperrgebot ist die Sperrverhängung, die den Sperrzustand herbeiführt. Die Sperrhandlungen der Verbandsmitglieder sind eine automatische Auswirkung dieses Zustandes. Sie erfolgen, ohne daß es noch einer besonderen Anweisung bedarf, sobald ein Unternehmer, der nicht Mitglied des anderen an dem Gegenseitigkeitsvertrag beteiligten Verbandes ist, einen Geschäftsverkehr mit dem Sperrenden fortsetzen oder anbahnen will. Verpflichtet der von den Verbänden abgeschlossene Ausschließlichkeitsvertrag dagegen die Verbandsmitglieder unmittelbar, so führt der Abschluß selbst bereits den Sperrzustand herbei; der Abschluß selbst enthält daher in diesen Fällen auch die Sperrverhängung.

Wegen der unzweifelhaften Sperrwirkung solcher Gegenseitigkeitsverträge kommt R. Isay zu der Ansicht, daß sie schon vor ihrem Inkrafttreten dem Kartellgerichtsvorsitzenden zur Genehmigung einzureichen sind[54]). Diese Auffassung läßt sich indessen, wie auch Isay zugibt[55]), nur vertreten, wenn man auch solche Sperrmaßnahmen als unter § 9 Kart.Vo. fallend ansieht, die nicht gegen individuell bestimmte Unternehmen gerichtet sind.

Nach den Darlegungen in § 6 fallen aber solche Sperren nicht unter diese Vorschrift. Es muß feststehen, wer von ihnen betroffen wird. Hält man an dieser Auffassung fest, so fallen die durch Ausschließlichkeitsverträge bewirkte Sperren nicht unter § 9, und ihre Verhängung ist daher nicht einwilligungsbedürftig.

„Auch die Verhängung einer Sperre auf Grund eines Exklusivvertrages verlangt nach der Rechtspre-

54) Isay in KartR. 1923, S. 250.
55) Isay-Tschierschky, S. 302.

chung des Kartellgerichts begrifflich eine Kennzeichnung desjenigen, gegen den sich die Sperre richten soll, bei den am Exklusivverkehr beteiligten Personen"[56]). „Nicht der Gegenseitigkeitsvertrag als solcher, sondern seine Durchführung gegenüber bestimmten Personen hat die rechtliche Wirkung der Verhängung einer Sperre"[57]). „Die auf einem Exklusivvertrag beruhende Sperre ist in dem Zeitpunkt als verhängt anzusehen, in dem die Personen, gegen die sich die Sperre richtet, den durch den Exklusivvertrag zum Ausschließlichkeitsverkehr Verpflichteten gegenüber als vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen gekennzeichnet werden"[58]). Diese Zitate lassen die Auffassung des Kartellgerichts von der Sperrverhängung durch Gegenseitigkeits-Ausschließlichkeitsverträge erkennen. Nicht in der an die Mitglieder jedes der beteiligten Verbände gerichteten Weisung, nur mit Mitgliedern des anderen Verbandes geschäftliche Beziehungen zu unterhalten, sieht das Kart.G. die Sperrverhängung, sondern in der Kennzeichnung bestimmter einzelner Unternehmer als vom Geschäftsverkehr Ausgeschlossener[59]).

Hiernach hat es den Anschein, als wenn das Kart.G. die Sperrverhängung in einer bloßen Erinnerung der Kartellmitglieder an die ihnen obliegende Pflicht zur Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit Außenseitern sieht, eine Pflicht, die auch ohnehin besteht. Lehnich[60]) vertritt denn auch unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Kart.G. den Standpunkt, daß für

---

56) KartG. v. 3. 5. 28, EE. Nr. 101.
57) KartG. v. 13. 2. 29, EE. Nr. 111.
58) KartG. v. 18. 10. 27, EE. Nr. 94.
59) Vgl. ferner die Sperrverhängungen auf Grund von Gegenseitigkeitsverträgen betreffenden Entscheidungen v. 24. 7. 1925 u. 17. 5. 1926, EE. Nr. 59 u. 76; v. 8. 8. 1925, EE. Nr. 61; v. 22. 4. 1926, EE. Nr. 75; v. 22. 4. 1926, EE. Nr. 78; v. 13. 9. 1926, EE. Nr. 80; v. 15. 3. 1927, EE. Nr. 88; v. 26. 7. 1927, EE. Nr. 92; v. 8. 10. 1927, EE. Nr. 97; v. 16. 1. 1929, EE. Nr. 108; v. 27. 2. 1929, EE. Nr. 110; v. 22. 7. 29, EE. Nr. 120.
60) Kestner-Lehnich, S. 296.

den organisationsfeindlichen Außenseiter die Sperrverhängung „in der Erklärung der Beteiligten, daß sie es ablehnen, die Sperrwirkung ihm gegenüber außer Kraft zu setzen", liege. Danach würde es Sache des Kart.G. sein, eine Sperrmaßnahme, die schon Wirkungen geäußert hat, zu korrigieren, und nicht, wie § 9 Kart.Vo. es vorschreibt, solcher Maßnahme und damit ihren Wirkungen vorbeugen.

Das ist aber auch gar nicht die Auffassung des Kart.G. Es sagt richtig: „Der § 9 der Kart.Vo. will die Ausübung des Kartellzwanges, soweit er sich durch die von jener Vorschrift bezeichneten Maßnahmen äußert, der Aufsicht des Vorsitzenden des Kart.G. unterwerfen. Er hat, um die Durchführung dieser Aufsicht unter allen Umständen sicher zu stellen, diese Aufsicht zu einer Präventivzensur ausgestaltet, d. h. die Verhängung einer Sperre von der vorgängigen Einwilligung des Vorsitzenden abhängig gemacht, und außerdem die Beachtung dieser Vorschrift durch Strafandrohung des § 17 Kart.Vo. zu sichern gesucht" [61]).

Als widerspruchsvoll erscheint es hiernach aber, wenn das Kart.G. einem Ausschließlichkeitsvertrag, der die durch ihn Gebundenen verpflichtet, den Geschäftsverkehr mit jedem Außenstehenden abzulehnen, keine Sperrwirkung beimißt, dieser vielmehr dadurch vorbeugen will, daß er die Kennzeichnung einzelner Außenstehender als vom Geschäftsverkehr Ausgeschlossener der Präventivzensur unterwirft.

Dieser scheinbare Widerspruch findet seine Lösung in der Auffassung, die das Kart.G. von solchen aus einem Ausschließlichkeitsvertrag herrührenden Verpflichtungen vor der Kennzeichnung einzelner Unternehmer als Außenstehender hat. In dem Urteil vom 17. Februar 1927 [62]) sagt es, daß Exklusivvereinbarungen zwischen Stahlerzeugern und Großhändlern, wonach die letzteren nur solche Händler beliefern dürfen,

61) KartG. v. 26. 7. 27, ES. Nr. 92.
62) ES. Nr. 85.

die sich bestimmten Vertragsbedingungen unterwerfen, für die Teilnehmer dieser Vereinbarung zur Ablehnung eines Geschäftsverkehrs mit einem Händler, der sich den Bedingungen nicht unterwerfen will, nicht verpflichtend sind, weil „vor der Verhängung einer solchen Sperre, d. h. vor ihrer ausdrücklichen Erstreckung auf die (betroffene) Antragsgegnerin, die nach § 9 Kart.Vo. zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit erforderliche Einwilligung nicht erwirkt" war. „Aus diesem Grunde hätten also auch die organisierten Werks- und Großhändlerfirmen, welche die Antragstellerin trotz ihrer Außenseiterstellung bisher beliefert haben, diese Belieferung nicht ablehnen können, ohne das Risiko, sich wegen ihrer Mitwirkung an der Durchführung des Exklusivabkommens, also an einer kartellgerichtlich nicht genehmigten Sperrmaßnahme, der Bestrafung aus § 17 Kart.Vo. auszusetzen", heißt es dann weiter.

Das Kart.G. sagt also, die allgemein gehaltene Verpflichtung der Kartellmitglieder zum Ausschließlichkeitsverkehr enthält vor ihrer ausdrücklichen Erstreckung auf bestimmte Unternehmer keine Sperrverhängung, bedarf also nicht der Einwilligung. Trotzdem ist aber kein Kartellmitglied verpflichtet, den Geschäftsverkehr mit einem Außenseiter, der ihm nicht ausdrücklich als solcher bezeichnet ist, abzulehnen. Damit ist auch gesagt, daß die allgemein gehaltene Anweisung, nicht mit Außenseitern geschäftlich zu verkehren, ungültig ist. Sie ist ungültig, obgleich sie keine Sperrverhängung ist.

Die Unwirksamkeit solcher Verpflichtung kann ihre Grundlage nur in § 9 Kart.Vo. haben. Diese Vorschrift verbietet die Verhängung von Sperren ohne kartellgerichtliche Zustimmung. Ist die allgemeine Sperranweisung die Sperrverhängung, so begründet sie keine Verpflichtungen, sie ist nichtig, wenn ihr die kartellgerichtliche Zustimmung fehlt.

Man kann aber nicht wie das Kart.G. sagen, solche allgemeine Anweisung enthält keine Sperrverhängung, sie verpflichtet die, an die sie gerichtet ist, aber trotzdem nicht. Eine Bestimmung, nach der Exklusivverträge erst

dann zur Befolgung der in ihnen enthaltenen Sperrweisungen verpflichten, wenn für den einzelnen Fall die kartellgerichtliche Zustimmung vorliegt, enthält die Kart.Vo. nicht. Ist die oben als negative Sperrverhängung bezeichnete allgemeine Sperranweisung keine Sperrverhängung im Sinne des § 9 Kart.Vo., weil sie keine individuelle Kennzeichnung derer enthält, gegen die sie sich richten soll, so ist sie auch gültig, und die Angewiesenen sind verpflichtet, ihr Folge zu leisten. Sieht man in ihr keine unter § 9 Kart.Vo. fallende Sperrverhängung, so muß man darauf verzichten, die durch sie bewirkte Sperre im Wege der Präventivzensur zu erfassen[63]).

b) Von den Exklusivverträgen unterscheiden sich die Exklusivklauseln lediglich dadurch, daß bei diesen die Grundlage des ausschließlichen Geschäftsverkehrs Einzelverträge, bei jenen dagegen Kollektivverträge sind[64]). Sie sind hervorgegangen aus der Umsatzvergütung[65]), die darin besteht, daß der einzelne Kunde am Jahresschluß eine Rückvergütung erhält, einen Mengenrabatt, der nach der Größe der von ihm in einem bestimmten Zeitabschnitt, meist einem Jahre, getätigten Umsätze gestaffelt ist[66]). Diese Umsatzvergütung übt auf die Abnehmer dann einen besonderen Anreiz aus, wenn sie nicht nur auf die von einem einzelnen Unternehmer bezogenen Waren gewährt wird, sondern auf die mit sämtlichen Mitgliedern eines Verbandes getätigten Umsätze. Ein Zwang für die Abnehmer, ihren gesamten Bedarf bei den Verbandsmitgliedern zu decken, besteht bei der Umsatzvergütung nicht. Solange mit der Rabattgewährung nicht die Verpflichtung zum ausschließlichen Bezuge verknüpft ist, kann von einer Sperre

---

63) Vgl. OLG. Hamburg v. 3. 4. 28 in JW. 1929, S. 678; v. 6. 10. 25 in JW. 1926, S. 612, wo ein von dem des KartG. abweichender Standpunkt vertreten wird.

64) Lehnich-Fischer, S. 141.

65) Tschierschky in KartR. 1925, S. 337.

66) Isay-Tschierschky, S. 306.

der Konkurrenten derer, die den Rabatt gewähren, keine Rede sein[67]).

Die Umsatzbonifikation wird dann zur Exklusivklausel, wenn ihre Gewährung nicht nur von der Höhe des Umsatzes, sondern gleichzeitig von der Verpflichtung zur Deckung des gesamten Bedarfs bei denen, die sie gewähren, verknüpft wird[68]). Die Bindungen durch solche sog. Treurabattklauseln in Einzelverträgen dienen demselben Zweck, der bei Exklusivverträgen durch Kollektivbindungen verfolgt wird: der Sperre der Konkurrenten[69]).

Die Treuklauseln kommen in zwei Formen vor. Der Rabatt wird entweder denen gewährt, die sich vertragsmäßig für eine bestimmte Zeit verpflichten, ihren Bedarf an bestimmten Leistungen ausschließlich bei Verbandsmitgliedern zu decken, oder der Abzug des Treurabatts wird denen gestattet, die durch solchen Abzug dieselbe Verpflichtung übernehmen wollen, die in dem ersten Fall ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde. In dem zweiten Fall kommt der Vertrag dadurch zustande, daß ein Kunde des Kartells durch die Kürzung des Rechnungsbetrages um den Treurabatt die Offerte, sich zum ausschließlichen Geschäftsverkehr mit den Verbandsmitgliedern gegen Gewährung des Rabatts zu verpflichten, annimmt. Durch jeden neuen Abzug bestätigt er, für den verflossenen Teil des Zeitraums, für den diese Verpflichtung gilt, die Treupflicht nicht verletzt zu haben[70]). Verletzt er diese Pflicht, so ist er nach dem Inhalt der Exklusivklausel regelmäßig zur Erstattung des während eines bestimmten Zeitraums gewährten Rabatts verpflichtet.

---

67) Vgl. Lehnich-Fischer, S. 110; OLG. Köln v. 1. 4. 27, KartR. 1928, S. 156; RG. v. 27. 2. 28, JW. 1928, S. 2109.

68) Lehnich-Fischer, S. 111.

69) Dieselben, S. 118.

70) Vgl. Tschierschky, „Kartellorganisation", S. 180 ff.; Kestner-Lehnich, S. 62 ff.; System, S. 107 ff.; u. die bei Tschierschky a. a. O., S. 140, u. Kestner-Lehnich a. a. O., S. 165, genannten Beispiele.

Wenn die Exklusivklausel auch nur bestimmt, daß der Treuverpflichtete seinen Geschäftsverkehr hinsichtlich gewisser Leistungen auf einen bestimmten Kreis von Unternehmern, regelmäßig auf die Verbandsmitglieder, zu beschränken hat, so ist damit auch gleichzeitig ausgesprochen, daß er des Vorteils des Rabatts verlustig geht, wenn er mit nicht zu dem Kreis gehörenden Unternehmer derartige Geschäfte abschließt. Solche Treuvereinbarungen haben daher unzweifelhaft die Wirkung einer Sperre der Konkurrenten der Verbandsmitglieder; sie sind auch darauf gerichtet, die Verpflichteten zur Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit der Konkurrenz zu veranlassen und diese dadurch in ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu beeinträchtigen. Wenn es auch Zweck des Treurabatts ist, den Verbandsmitgliedern einen festen Kundenkreis zu sichern, so folgt doch sein obenbezeichneter weiterer Zweck daraus, daß die Rabattgewährung an die Verpflichtung geknüpft ist, den Geschäftsverkehr auf die Verbandsmitglieder zu beschränken, d. h. einen Geschäftsverkehr mit Außenstehenden abzulehnen oder die Rückzahlung des in einer bestimmten Zeit gewährten Rabatts in Kauf zu nehmen [71]).

Die Treuverpflichteten, die den Geschäftsverkehr mit Außenstehenden in Erfüllung ihrer Treuverpflichtung ablehnen, sind hier die Sperrenden; ihre Zahl steht anders als die der durch Exklusivverträge Gebundenen, die ja als Kartellmitglieder die Sperrenden sind, nicht von vornherein fest. Wird die Treuverpflichtung gegenüber dem Kartell übernommen, so ist das Kartell der Sperrgebieter. Wird sie dagegen gegenüber den Kartellmitgliedern übernommen, so sind diese die unmittelbaren Sperrgebieter, während das Kartell, das seine Mitglieder zur Belieferung oder bevorzugten Belieferung nur solcher Unternehmer angewiesen hat, die die Treuverpflichtung eingehen, dann nur mittelbarer Sperrgebieter ist.

71) KartG. v. 13. 11. 28, ES. Nr. 104; v. 13. 3. 29, ES. Nr. 114.

Bei Anwendung der im § 9 dieser Arbeit entwickelten Grundsätze ist die Sperre dann verhängt, wenn so viele Kunden durch Treuklauseln gebunden sind, daß durch ein ihrer Treuverpflichtung entsprechendes Verhalten Außenstehende in ihrer wirtschaftlichen Betätigung beeinträchtigt werden.

Das ist noch nicht der Fall, wenn das Kartell seine Mitglieder zur Einführung der Exklusivklauseln verpflichtet. Es steht dann vielmehr noch gar nicht fest, ob diese Anweisung überhaupt eine Sperre zur Folge haben wird. Das hängt ganz davon ab, wieviel Kunden sich zur Unterzeichnung des Treureverses bereit finden werden. Die Einführung der Exklusivklausel kann auch gerade bewirken, daß Unternehmer, die ohne die Exklusivklausel mit den Verbandsmitgliedern in Geschäftsverkehr getreten oder geblieben wären, dies mit Rücksicht auf die Bindung, die die Exklusivverpflichtung für sie bedeuten würde, unterlassen [72]). Der Sperrzustand, der die verhängte Sperre charakterisiert, ist auch dann noch nicht eingetreten, wenn zwar schon eine ganze Reihe von Kunden die Treuverpflichtung eingegangen ist, aber doch noch nicht so viele, daß die Ablehnung des Geschäftsverkehrs durch sie die betroffenen Außenstehenden in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigen würde.

Die Verpflichtung der Kartellmitglieder seitens der Kartelleitung zur Einführung der Exklusivklausel führt den Sperrzustand vielmehr erst ganz allmählich herbei [73]). Er kann auch für den einen Außenstehenden schon bestehen, während er für andere noch gar nicht vorhanden ist; er kann den einen nur wenig behindern, während er gleichzeitig die wirtschaftliche Betätigung eines anderen überhaupt in Frage stellt.

Wann die Sperre verhängt ist, läßt sich allgemein nicht sagen. Es läßt sich nur feststellen, ob sie gegen ganz bestimmte Unternehmer verhängt ist.

---

72) Isay-Tschierschky, S. 305.
73) Vgl. Isay-Tschierschky a. a. O.

Das Kart.G. hat sich mit der Verhängung einer Sperre durch Einführung von Exklusivklauseln seitens einer unter § 1 Kart.Vo. fallenden Organisation in zwei Fällen zu befassen gehabt[74]), in denen es sich um dasselbe Treurabattsystem handelte. Es führte aus[75]): „Bevor der Verband eine solche Sperrmaßnahme verhängt, also gegen bestimmte Außenseiter durchführt, bedarf er demnach gemäß § 9 Kart.Vo. der dort vorgesehenen behördlichen Einwilligung. In welchen Maßnahmen eines Verbandes die Durchführung einer derartigen Sperre zu erblicken ist, ist nicht allgemein zu beantworten, sondern von Fall zu Fall zu prüfen. Regelmäßig wird die Verhängung der Sperre durch Willensäußerungen des Verbandes erfolgen, die erkennen lassen, welchen Außenseitern gegenüber die Reverskunden zur Vermeidung der Verletzung ihrer Treupflicht den Geschäftsverkehr in den vom Vorzugsrabatt betroffenen Aufträgen abzulehnen haben".

Will man nicht annehmen, daß die Verhängung der Sperre nichts ist als die Erinnerung der Reverskunden an ihre auch ohnehin bestehende Treupflicht, so muß man mit Breslauer-Tschierschky[76]) die Ansicht vertreten, daß ein Kunde, bevor ihm nicht ein bestimmter Außenseiter als zu Sperrender mit kartellgerichtlicher Genehmigung vom Verband bezeichnet ist, den Geschäftsverkehr mit Außenseitern unter Berufung auf seine Treuverpflichtung nicht ablehnen darf, wenn er sich nicht einer Bestrafung nach § 17 Kart.Vo. aussetzen will[77]). Nur dann könnte das Kart.G. durch Versagung der Einwilligung in die Sperrverhängung der Sperrwirkung überhaupt vorbeugen. Wendet man mit Breslauer-Tschierschky[78]) diese vom Kart.G. in seinem Urteil vom 17. Februar 1927[79]) aufgestellten

74) KartG. v. 13. 6. 28, EE. Nr. 104; v. 13. 3. 29, EE. Nr. 114.
75) KartG. v. 13. 3. 29, EE. Nr. 114.
76) System, S. 114.
77) Vgl. dazu oben § 9 II.
78) System, a. a. O. u. S. 139 ff.
79) EE. Nr. 85.

Grundsätze auf den Treurabatt an, so ist das Ergebnis, daß die Treupflichtklauseln vor der ausdrücklichen Benennung der Unternehmer, gegen die sie sich richten sollen, nicht verbindlich sind. Wie im Falle des Exklusivvertrages das durch ihn gebundene Organisationsmitglied vorher seine Vertragspflicht nach Auffassung des Kart.G. nicht verletzt und daher nicht bestraft werden kann, wenn es den Geschäftsverkehr mit einem Außenstehenden nicht ablehnt, so würde ein Reversverpflichteter bei gleichem Verhalten seine Treupflicht nicht verletzen und daher auch nicht zur Rückzahlung des ihm gewährten Rabattes verpflichtet sein.

Das Reichsgericht hat nun in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1928[80]) ausgesprochen, daß in solchem Falle die Rückforderung des Treurabatts als die ausschließlich nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Einforderung einer Vertragsstrafe nicht der Einwilligung des Kartellgerichtsvorsitzenden bedürfe und daher zulässig sei. Den Versuchen, hieraus einen Gegensatz in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kart.G. hinsichtlich des Sperrcharakters des Treurabatts zu konstruieren[81]), sind Breslauer-Tschierschky mit Recht begegnet[82]). Das Kart.G. hat die Frage, ob die Durchführung eines Treurabattsystems gegen einen bestimmten Außenseiter eine einwilligungsbedürftige Sperrmaßnahme sei, bejaht, während das RG. die hiervon durchaus verschiedene Frage, ob die Einforderung eines gewährten Treurabatts wegen Verletzung der Treupflicht eine gegen den Treuverpflichteten gerichtete Sperrmaßnahme darstelle, anders als Friedländer[83]), Lehnich-Fischer[84]) und Luley[85]) verneinend beantwortet hat.

---

80) KartR. 1929, S. 104.

81) Vgl. Friedländer, *Dr.* Wo. im Bln. Tgbl. v. 15. 1. 29 (Nr. 25) u. 20. 2. 29 (Nr. 86).

82) System, S. 135.

83) Friedländer, S. 159.

84) Lehnich-Fischer, S. 141.

85) Luley, S. 35.

Die Frage wäre auch ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur des Treurabatts[86]) zu verneinen gewesen, da seine Einforderung als solche den Geschäftsverkehr des durch die Treuklausel Gebundenen mit den Verbandsmitgliedern unberührt läßt[87]).

Ein auf den ersten Blick nicht in Erscheinung tretender Gegensatz in der Rechtsprechung der beiden Gerichte besteht hiernach aber dennoch. Denn bei folgerichtiger Durchführung der obengenannten von dem Kart.G. in seiner Entscheidung vom 17. Februar 1927 aufgestellten Grundsätze hätte das Reichsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Treupflicht gar nicht bestand und daher auch eine Vertragsstrafe solange nicht verwirkt sein konnte, bis die Genehmigung des Kart.G. zu der Durchführung des Treurabattsystems erteilt worden war[88]).

Jeder Unternehmer, der sich verpflichtet hat, bestimmte Waren nur von den Mitgliedern eines Kartells zu beziehen, befindet sich hiernach in einer Zwangslage: Lehnt er auf Grund seiner Treuverpflichtung den Geschäftsverkehr mit nicht zum Kartell gehörigen Unternehmern ab, so setzt er sich nach dem Standpunkt des Kart.G. einer Bestrafung nach § 17 Kart.Vo. aus; lehnt er dagegen den Geschäftsverkehr nicht ab, so ist er nach dem Standpunkt des Reichsgerichts verpflichtet, den dadurch verwirkten Treurabatt zu erstatten.

Diese Feststellung ist nur geeignet zu unterstreichen, daß für die Anwendung der aus der Entscheidung des Kart.G. vom 17. Februar 1927 abzuleitenden Grundsätze auf die durch Exklusivklauseln bewirkten

86) Vgl. darüber System. S. 108 ff.; Luley, S. 34 und die dort Genannten.

87) So auch Wiedersum in Dtsch. Wirtsch.-Ztg. 1927, S. 692: „Vielfach wird auch die Einforderung des zu Unrecht gekürzten Treurabatts, wie sie nach festgestelltem Vertragsbruch zu erfolgen pflegt, als Verhängung einer Sperre bezeichnet. Dies beruht auf einem Gedankenfehler. Denn bei der Belieferung, und darauf kommt es an, ist hier eine Differenzierung nicht erfolgt."

88) Vgl. System, S. 135 ff.

Sperren dasselbe gilt, was darüber hinsichtlich der Exklusivverträge gesagt wurde. Ist die allgemeine Verpflichtung der Abnehmer der Kartellmitglieder zum Ausschließlichkeitsverkehr mit diesen keine (negative) Sperrverhängung, so ist sie auch rechtswirksam, und die sich aus ihr ergebenden Sperren sind durch eine Präventivkontrolle nicht mehr zu erfassen. Einen Rechtssatz, der die Befolgung des in der Treuverpflichtung enthaltenen Sperrgebots verbietet, bis es in jedem einzelnen Fall genehmigt ist, enthält die Kart.Vo. nicht.

3. Während für die auf Grund von Exklusivverträgen und Exklusivklauseln zur Sperre Verpflichteten der Kreis der Unternehmer, auf die sie ihren Geschäftsverkehr zu beschränken haben, von vornherein feststeht, ist dies bei der zweiten Form der negativen Sperrverhängung nicht der Fall. Sie werden den Sperrenden hier in der Weise bezeichnet, daß ihnen gestattet wird, mit jedem Unternehmer zu kontrahieren, der bereit ist, sich den ihnen vorgeschriebenen Geschäftsbedingungen zu unterwerfen. Darin liegt negativ das Sperrgebot, den Geschäftsverkehr mit allen denen abzulehnen, die die vom Kartell festgesetzten Geschäftsbedingungen nicht annehmen wollen.

Es geht indessen nicht an, allgemein dort von einer Sperre zu sprechen, wo ein Kartell seinen Mitgliedern vorschreibt, bei Abschlüssen mit Abnehmern oder Lieferanten auf Innehaltung bestimmter Geschäftsbedingungen zu bestehen. Die Festsetzung von Geschäftsbedingungen schlechthin ist, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen (§§ 138, 826 BGB., § 10 Kart.Vo., § 1 unl. WG.) keinen Beschränkungen unterworfen. Von einer Sperre kann daher auch fraglos dort keine Rede sein, wo ein Kartell seinen Mitgliedern die Innehaltung von Geschäftsbedingungen im üblichen Sinne des Wortes vorschreibt, Bedingungen also, die mit der Abwicklung des im einzelnen Falle in Betracht kommenden Geschäfts als solchen in einem naturgemäßen Zusammenhange stehen.

Die Frage, ob das Gebot, nur zu bestimmten Bedingungen Verträge zu schließen, eine Sperrverhängung enthält, wird vielmehr erst diskutabel, wenn es sich um solche Bedingungen handelt, die mit der Abwickelung des einzelnen für sich betrachteten Geschäfts nichts mehr zu tun haben. Das ist dann der Fall, wenn die Geschäftsbedingungen darüber hinaus dazu bestimmt sind, kartellpolitischen Zwecken zu dienen und die mehr oder weniger auf einen Geschäftsverkehr mit den Kartellmitgliedern angewiesenen Unternehmer vor die Alternative zu stellen, auf diesen Geschäftsverkehr zu verzichten und die daraus resultierenden Nachteile in Kauf zu nehmen, oder aber ihre eigenen Betriebe bis zu einem gewissen Grade in den Dienst des Kartells zu stellen [89]).

Dieser Dienstbarmachung fremder Betriebe für die Kartellzwecke dient die vom Kartell angeordnete Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit den Unternehmern, denen die von ihnen festgesetzten Geschäftsbedingungen nicht genehm sind, als Mittel. Daß dieses Mittel selbst den für die Sperre begriffsnotwendigen Zweck der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigung der Betroffenen hat, leuchtet ohne weiteres ein.

Entsprechend den oben in § 9 entwickelten Grundsätzen ist der Sperrzustand eingetreten und damit die Sperre verhängt, wenn den Unternehmern, die auf einen Geschäftsverkehr mit den Kartellmitgliedern angewiesen sind, dieser Geschäftsverkehr nur noch bei Eingehung solcher kartellpolitischen Zwecken dienender Bindungen möglich ist, die ihre wirtschaftliche Betätigung beeinträchtigen würden. Wenn diese Wirkung bei einer Reihe von Unternehmern in mehr oder minder starkem Grade eintritt, berührt dieselbe andere in ihrer Bewegungsfreiheit möglicherweise gar nicht.

Man könnte trotz dieser Sperrwirkung in derartigen Fällen das Vorliegen einer Sperre noch deshalb verneinen, weil es doch an dem weiteren für die Sperre

89) Vgl. Lehnich in KartR. 1925, S. 163; Kestner-Lehnisch, S. 308 f.; Luley, S. 33.

wesentlichen Merkmal der unterschiedlichen Behandlung des Gesperrten anderen Unternehmern gegenüber fehle. Denn der Geschäftsverkehr wird ja allen Unternehmern gegenüber gleichmäßig von der Annahme derselben Geschäftsbedingungen, d. h. von der Eingehung derselben den Interessen des Kartells entsprechenden und Kartellzwecken dienenden Verpflichtungen, abhängig gemacht [90]), und der einzelne hat es ja selbst in der Hand, durch Annahme der Bedingungen die Ablehnung des Geschäftsverkehrs zu vermeiden.

Dieser Einwand greift indessen nicht durch. Auch bei den durch Exklusivverträge bewirkten Sperren hat der Gesperrte es vielfach in der Hand, der ihm unerwünschten Ablehnung der Geschäftsverkehrs vorzubeugen oder sie abzuwenden, indem er dem am Ausschließlichkeitsverkehr beteiligten Kartell seiner Konkurrenten beitritt [91]). Wie ein Unternehmer einem Kartell nicht beitreten will, weil ihm die damit verbundene Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit nicht tragbar erscheint, so lehnt ein anderer aus denselben Gründen die ihm als untragbar erscheinenden Geschäftsbedingungen ab, obwohl auch ihm der begehrte Geschäftsverkehr bei gegenteiligem Verhalten offenstehen würde.

Auszugehen ist in beiden Fällen vielmehr von der bloßen Tatsache, daß der Geschäftsverkehr mit dem Betroffenen anders als mit anderen Unternehmern abgelehnt wird [92]). Ob ihm der Beitritt zum Kartell oder die Annahme der Geschäftsbedingungen im einzelnen Fall zugemutet werden kann [93]), wird erst von Bedeu-

---

90) Falls diese Bedingungen unterschiedlich gestaltet werden, liegt möglicherweise ein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" vor; vgl. oben § 7 II.

91) KartG. v. 26. 7. 27, ES. Nr. 92; KG. v. 22. 4. 25, KartR. 1925, S. 357.

92) KartG. v. 26. 7. 27, ES. Nr. 92; anders OLG. Hamburg v. 3. 4. 28, JW. 1929, S. 678.

93) Dies war anscheinend für das LG. in dem der Entscheidung des KG. v. 22. 4. 25 zugrunde liegenden Fall das ausschlaggebende Kriterium: KartR. 1925, S. 356 f.

tung für die kartellgerichtliche Entscheidung darüber, ob die Sperrverhängung zu genehmigen ist.

Die von dem Kartellgericht bisher nicht entschiedene und von dem RG. in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1928[94]) offengelassene Frage, ob eine Sperrmaßnahme vorliegt, wenn einem Abnehmer, der seine Treupflicht verletzt hat, der Treurabatt für die Zukunft entzogen wird, ist hiernach dann zu bejahen, wenn die Vorenthaltung des Rabatts die für die Sperre begriffsnotwendige Wirkung einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Betroffenen hat. Es liegt ein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" vor, wenn er von den Kartellmitgliedern nur noch zu den regulären, d. h. nicht um den Treurabatt gekürzten Preisen geliefert werden darf, und eine Sperre, wenn er überhaupt von jedem Geschäftsverkehr mit den Kartellmitgliedern ausgeschlossen wird. Denn auch die Treuverpflichtung hat mit der Abwickelung des einzelnen für sich betrachteten Geschäfts nichts zu tun, sondern dient darüber hinaus kartellpolitischen Zwecken. Ob die um den Treurabatt verkürzten Preise tatsächlich die regulären Preise sind, während die von dem Kartell als regulär bezeichneten einen Aufschlag zum Nachteil der Abnehmer enthalten, die die Treuverpflichtung nicht eingehen, oder ob der Treurabatt einen Preisnachlaß darstellt, für den die Treuverpflichtung ein angemessenes Äquivalent bildet, wird erst von Bedeutung bei der Entscheidung darüber, ob der Sperrverhängung im einzelnen Fall zuzustimmen ist.

Entsprechend liegt eine Sperre oder ein „Nachteil von ähnlicher Bedeutung" vor, wenn von vornherein die Belieferung eines Unternehmers überhaupt oder zu anderen als nicht um den Treurabatt gekürzten Preisen abgelehnt wird, weil er sich weigert, die Treuverpflichtung einzugehen[95]); jedoch immer unter der Vor-

---

94) KartR. 1929, S. 104.

95) Die Einforderung des verwirkten Treurabatts ist keine Sperre; vgl. § 10 II 2.

aussetzung, daß diese Ablehnung die wirtschaftliche Betätigung des Betroffenen beeinträchtigt.

Neben dem Gebot, nur mit Unternehmern, die sich zum ausschließlichen Bezuge bei Verbandsmitgliedern verpflichten und diese Verpflichtung erfüllen, zu kontrahieren oder nur ihnen einen Rabatt zu gewähren, ist der wichtigste Fall dieser zweiten Form der negativen Sperrverhängung das an die Kartellmitglieder gerichtete Verbot, nur Unternehmer zu beliefern, die sich zur Innehaltung der von dem Kartell vorgeschriebenen Weiterverkaufspreise verpflichten.

Das KG. hatte sich in seiner Entscheidung vom 22. April 1925[96]) mit einem derartigen Fall zu befassen und verneinte das Vorliegen einer Sperre überall da, wo eine Lieferungsbedingung dem Kartellzweck, dem Zusammenhalt der Organisation nicht unmittelbar dient und sich auf ein einzelnes Geschäft bezieht. Diese Abgrenzung ist jedoch mit Recht als unbrauchbar bezeichnet worden[97]). Ausschlaggebend ist nicht die bloße Tatsache, daß die Geschäftsbedingung sich ausschließlich auf die einzelne Lieferung bezieht, sondern der Inhalt der Bedingung entscheidet. Geht die Bedingung über eine Präzisierung des Inhalts und der Art und Weise der Erfüllung der sich aus dem einzelnen Lieferungsgeschäft als solchen ergebenden Pflichten der Vertragsparteien hinaus, so liegt eine Maßnahme des Organisationszwanges vor, wenn der Unternehmer, der auf Belieferung durch die Kartellmitglieder angewiesen ist, in die Zwangslage gebracht wird, auf den Geschäftsverkehr zu verzichten oder die Bedingungen anzunehmen. Die Verweigerung des Geschäftsverkehrs ist dann eine Sperre, und zwar unabhängig davon, ob die Geschäftsbedingungen unmittelbar oder mittelbar Kartellzwecken dienen; das kann erst von Bedeutung werden bei der kartellgerichtlichen Entscheidung über die Einwilligung in die Sperrverhängung.

96) KartR. 1925, S. 353.

97) Vgl. Friedländer in KartR. 1925, S. 359; Lehnich, ebenda, S. 360; Luley, S. 33.

Die Stellung des Kart.G. zu dieser zweiten Form der negativen Sperrverhängung ergibt sich aus seiner schon mehrfach zitierten Entscheidung vom 17. Februar 1927[98]), die einen Fall gerade dieser Art betrifft. Danach ist die allgemeine Verpflichtung der Kartellmitglieder, nur Unternehmer zu beliefern, die die von dem Kartell vorgeschriebenen Bedingungen eingehen, also den Geschäftsverkehr mit allen anderen Unternehmern abzulehnen, nicht rechtsverbindlich, obgleich sie keine Sperrverhängung enthält. Sie wird vielmehr erst verbindlich, wenn sie mit kartellgerichtlicher Einwilligung ausdrücklich auf bestimmte Unternehmer ausgedehnt wird.

Die Bedenken gegen die Versuche des Kart.G., durch diese Konstruktion die Fälle der negativen Sperrverhängung auf Grund der geltenden Sperrvorschrift einer Präventivzensur zu unterziehen, wurden schon bei Behandlung beider Arten der ersten Form der negativen Sperrverhängung geäußert. Da die allgemeine Anweisung der Kartellmitglieder, nur mit Unternehmern zu kontrahieren, die die vorgeschriebenen, kartellpolitischen Zwecken dienenden Geschäftsbedingungen annehmen, auch nach Ansicht des Kart.G. keine unter § 9 Kart.Vo. fallende Sperrverhängung ist, so ist sie auch gültig, und die automatisch auf Grund dieser allgemeinen Anweisung erfolgenden Sperren sind durch eine Präventivzensur nicht mehr erfaßbar.

98) EE. Nr. 85.

III. Teil.

Die künftige Gestaltung der Sperrvorschrift des § 9 der Kartellverordnung.

Wenn es zum Schluß unternommen wird, auf den gewonnenen Ergebnissen fußend noch kurz die Frage einer Umgestaltung der Sperrvorschrift des § 9 Kart.-Vo. zu erörtern, so scheiden dabei selbstverständlich, dem Charakter der Arbeit entsprechend, alle Betrachtungen über Schädlichkeit oder Nützlichkeit und damit über Abschaffung oder Beibehaltung des Sperrgebotes aus. Es kann sich vielmehr nur darum handeln zu untersuchen, ob und inwieweit die Fassung des § 9 Kart.Vo. einer Änderung bedarf, wenn alle die Sperrmaßnahmen, deren Systematisierung in dem zweiten Abschnitt dieser Arbeit versucht wurde, der kartellgerichtlichen Präventivzensur unterstellt werden sollen.

Die Sperrvorschrift in ihrer jetzigen Fassung ist, wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt, ausschließlich auf die Fälle der positiven Sperrverhängung zugeschnitten, auf die Fälle also, in denen schon vor Verhängung der Sperre feststeht, wen sie treffen soll, wer durch die Sperrverhängung zum Gesperrten wird. Insoweit kommt eine Änderung des § 9 Kart.Vo. also nicht in Betracht.

Anders liegt es in den Fällen der negativen Sperrverhängung. Wie dargelegt wurde, gestattet die jetzige Fassung der Sperrvorschrift eine Erfassung der beiden Formen, in denen sie auftritt, im Wege der Präventivzensur nicht. Das Sperrgebot, das hier den Sperrzustand herbeiführt, bezeichnet den Sperrenden die Gesperrten nur negativ als die nicht zu einem fest be-

stimmten Kreis gehörenden oder als die Unternehmer, die nicht bestimmte Bindungen eingehen wollen.

Soll auch die negative Sperrverhängung einer Präventivzensur unterworfen werden, so sind zwei Wege gangbar. Die Sperrvorschrift könnte einmal so gefaßt werden, daß auch nicht gegen bestimmte Unternehmer gerichtete Sperrmaßnahmen darunter fallen; zum andern könnte das Verfahren, das das Kart.G. bei Behandlung der negativen Sperrverhängung — nach der hier vertretenen Ansicht zu Unrecht — anwendet, legalisiert werden.

Im ersten Fall würde bereits die durch die Verbandsleitung erfolgende Verpflichtung der Mitglieder der an einem Exklusivvertrag beteiligten Verbände zum Ausschließlichkeitsverkehr oder, wenn der von den Verbänden geschlossene Exklusivvertrag die Verbandsmitglieder unmittelbar bindet, der Abschluß des Exklusivvertrages selbst der kartellgerichtlichen Zustimmung bedürfen. Im Falle des Treurabatts, dessen Einführung ja neben einer Sperre der Konkurrenten der Kartellmitglieder auch eine gegen deren Abnehmer gerichtete Sperre oder sperrähnliche Maßnahme bedeuten kann, würde bereits die verbindliche Anweisung der Kartellmitglieder, nur solche Abnehmer überhaupt oder mit Rabatt zu beliefern, die die Treuverpflichtung eingehen und erfüllen, einwilligungsbedürftig sein. Entsprechend dürften die Kartellmitglieder nicht ohne kartellgerichtliche Einwilligung zum Geschäftsverkehr mit nur solchen Unternehmern verpflichtet werden, die in Form von Geschäftsbedingungen andere kartellpolitischen Zwecken dienende Bedingungen übernehmen.

Die Bedenken gegen eine derartige Behandlung der negativen Sperrverhängung liegen auf der Hand. Im Zeitpunkt der Sperrverhängung ist noch gar nicht zu übersehen, wer von der Maßnahme betroffen wird und wie sie auf die einzelnen Betroffenen wirken wird. Nur in seltenen Fällen ließe sich vielleicht im voraus feststellen, ob die Sperrverhängung eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls bedeuten würde.

Die Legalisierung des von dem Kart.G. bei der Behandlung der negativen Sperrverhängung beobachteten Verfahrens, dessen Grundsätze in der Entscheidung vom 17. Februar 1927[1]) ihren Niederschlag gefunden haben, würde die Aufnahme einer Bestimmung erfordern, nach der die Verpflichtung von Kartellmitgliedern und im Falle des Treurabatts ihrer Abnehmer, nur mit ihnen in bestimmter Weise gekennzeichneten Unternehmern einen Geschäftsverkehr zu unterhalten (Sperre) oder sie im Geschäftsverkehr zu bevorzugen („Nachteil von ähnlicher Bedeutung"), dann nur Gültigkeit hat, wenn das Kart.G. im Einzelfall seine Einwilligung zu der Ablehnung des Geschäftsverkehrs mit anderen Unternehmern oder zu ihrer sie den als bevorzugt gekennzeichneten Unternehmern gegenüber benachteiligenden Behandlung im Geschäftsverkehr erteilt hat. Die ohne eine entsprechende gesetzliche Bestimmung gültige Verpflichtung würde dadurch eine Korrektur in dem angegebenen Sinne erfahren[2]), eine Korrektur, die nach dem aus seiner obengenannten Entscheidung abzuleitenden Standpunkt des Kart.G. sich schon aus der Vorschrift des § 9 Kart.Vo. in ihrer jetzt geltenden Fassung ergibt.

Eine solche Bestimmung würde aber, streng beachtet[3]), zur Folge haben, daß die negative Sperrverhängung als Mittel des Organisationszwanges erheblich an Bedeutung verlieren würde. Die Verpflichtung der Kartellmitglieder zum ausschließlichen Verbandsverkehr, die Treuverpflichtung und die Eingehung anderer kartellpolitischen Zwecken dienender Bindungen seitens der Abnehmer eines Kartells würden erst dann den mit ihnen bezweckten Erfolg haben, wenn das Kart.G. seine Genehmigung zur Verhängung der

---

1) EE. Nr. 85.

2) Vgl. Nipperdey, S. 154 ff.

3) Nach Herle-Metzner, S. 84, zeigt sich bei der bisherigen Handhabung der Sperrvorschrift die Sperrverhängung „praktisch in Beschwerden" der Betroffenen.

Sperre oder des Nachteils von ähnlicher Bedeutung gegen sämtliche Außenseiter jedes am Ausschließlichkeitsverkehr beteiligten Verbandes und gegen sämtliche Unternehmer, die sich den vom Kartell vorgeschriebenen kartellpolitischen Zwecken dienenden Geschäftsbedingungen nicht unterwerfen wollen, erteilt hat. Die Zahl der Anträge, über die das Kart.G. zu entscheiden haben würde, ist gar nicht zu übersehen [4]).

Die Bedenken, die gegen eine Unterwerfung der negativen Sperrverhängung unter eine Präventivzensur auf jedem der beiden dem Gesetzgeber dafür offenstehenden Wege sprechen, rechtfertigen die Frage, ob nicht auf einem dritten Wege die negative Sperrverhängung eine den Zwecken der Kart.Vo. entsprechenden Kontrolle unterworfen werden kann, die keine Präventivzensur ist. Das wäre dadurch möglich, daß in den Fällen der negativen Sperrverhängung den von ihr Betroffenen das Recht gegeben wird, vor dem Kart.G. auf Aufhebung der Sperrverhängung, soweit sie selbst davon betroffen sind, zu klagen, und daß weiter bestimmt wird, daß der Klage stattzugeben ist, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen durch die Sperrverhängung unbillig eingeschränkt wird. Die Verpflichtung der Kartellmitglieder und ihrer Abnehmer zum Ausschließlichkeitsverkehr wäre hier nicht auf Grund des Gesetzes von vornherein dahin korrigiert, daß das in ihr negativ enthaltene Sperrgebot nur gültig ist, wenn das Kart.G. im Einzelfall seine Einwilligung erteilt; sie würde vielmehr erst durch den (rechtsgestaltenden) Richterspruch eine nachträgliche Korrektur erfahren. Diese würde dahin gehen, daß von der an sich in vollem Umfang gültigen Verpflichtung zum Ausschließlichkeitsverkehr bei beiden Formen der negativen Sperrverhängung dem Unternehmer gegenüber eine Ausnahme besteht, auf dessen Klage hin das Kart.G. ausgesprochen hat, daß die Sperrverhängung, soweit er davon betroffen ist, außer Kraft gesetzt

4) Vgl. oben S. 60, Anm. 12.

wird [5]). Anders als die positive würde die negative Sperrverhängung grundsätzlich erlaubt sein, und dem Kartellgericht würde es nur vorbehalten bleiben, sie dann zu korrigieren, wenn sie Wirkungen äußert, die die Kart.Vo. bekämpfen will.

Den Belangen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls könnte dann in den Fällen der negativen Sperrverhängung durch die weitere Vorschrift Rechnung getragen werden, daß dem Kart.G. das ihm in § 4 in Verbindung mit § 7 Kart.Vo. gegebene Recht zum Einschreiten gegen die Sperrmaßnahmen in Anbetracht des Umstandes, daß eine Präventivzensur nicht mehr besteht, auch ohne Antrag des Reichswirtschaftsministers gegeben wird, wenn es, z. B. aus Anlaß der Prüfung eines Einzelfalles, zu der Feststellung kommt, daß die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdet ist.

Eine solche anders als die Kontrolle der positiven Sperrverhängung ausgestaltete Überwachung der negativen Sperrverhängung würde deren hervorgehobenen Eigenarten Rechnung tragen. Sie würde gleichzeitig dem Grundgedanken der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, einem durch Sperrmaßnahmen ausgeübten Organisationszwang nur dort entgegenzuwirken, wo er die von ihr gezogenen Grenzen überschreitet, besser gerecht werden als eine Vorschrift, die die beiden Arten der Sperrverhängung ohne Berücksichtigung ihrer grundsätzlichen Verschiedenheiten einer Präventivzensur unterwirft.

---

5) Die gleiche Regelung müßten die Fälle erfahren, in denen der Geschäftsverkehr nur mit generell gattungsmäßig bezeichneten Unternehmern verboten wird, in denen die Wirkung der Sperrverhängung also von vornherein ebenfalls nicht zu übersehen ist; vgl. Tschierschky, „Die Sperre im Kartellwesen", KartR. 1925, S. 6; oben S. 48. Die Fälle sind in die nähere Betrachtung nicht mit einbezogen worden, weil sie — das KartG. hat sich bisher nicht mit ihnen zu befassen gehabt — praktisch keine Rolle zu spielen scheinen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 5. Juli 1904 als Sohn des Steuersekretärs Ferdinand Drefahl zu Schwerin i. M. geboren. Ostern 1920 bestand ich die Reifeprüfung für Obersekunda an der Realschule in Schwerin. Darauf war ich bis Michaelis 1920 Lehrling beim Finanzamt in Schwerin und nach Erlangung der Primareife durch anschließenden halbjährigen Besuch der Obersekunda der Oberrealschule zu Wismar i. M. von Ostern 1921 bis zum 5. Januar 1924 Steuersupernumerar bei derselben Behörde. An diesem Tage schied ich auf eigenen Wunsch aus der Reichsfinanzverwaltung aus und wurde nach privater Vorbereitung Ostern 1924 in die Oberprima der Oberrealschule zu Wismar aufgenommen, an der ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand.

Ich studierte ein Semester in Hamburg, vier Semester in Berlin und zwei Semester in Rostock Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Am 25. März 1929 bestand ich in Rostock das Referendarexamen mit dem Prädikat „gut" und bin seitdem im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Prüfung.